المجلس الأعلى للثقافة
لجنة القانون

الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية

مجموعة باحثين

المجلس الأعلى للثقافة
لجنة القانون
مجموعة باحثين

الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية

المجلس الأعلى للثقافة
٢٠٠٣

المجلس الأعلى للثقافة

اسم الكتاب : الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية
اسم المؤلف : لجنة القانون - مجموعة باحثين
الطبعة الأولى - القاهرة ٢٠٠٣م .

شارع الجبلاية بالأوبرا - الجزيرة - القاهرة ت ٧٣٥٢٣٩٦ فاكس ٧٣٥٨٠٨٤

El Gabalaya St , Opera House, El Gezira, Cairo
Tel : 7352396 Fax : 7358084 E. Mail : asfour @ onebox. com

خصوصية التعاقد عبر الإنترنت

الدكتور

أسامة أبو الحسن مجاهد

أستاذ القانون المدنى المساعد

بكلية الحقوق – جامعة حلوان

مقـدمة

أدى التقدم الهـائل فى وسائل الاتصـال فى نهاية القرن العشرين إلى تحـول العـالم إلى قرية واحـدة، وأثر ذلك على العلاقـات بين الشعـوب المخـتلفة فتـخطت الحـواجـز الاقليـمية والجـغرافيـة والثقافية، ليلتقى أطرافها عبر الأثير بسرعة فاقت الخيال .

ولم تكن المعاملات التجـارية بمنأى عن هذا التأثير ، فأصبح التاجر يعرض منتجاته وخدماته عبر شبكة (الانترنت) وأضحى كل شخص يجلس أمام جهاز حـاسوب متصل بالشبكة عميل محتمل له ، فيكفى أن يضغط على مـفتاح معين ليبرم التصرف القانونى . وكـان من الطبيعى أن تتطور قواعد القانون لتستجيب لحاجات هذه التجارة الالكترونية الجديدة المتحررة من المستندات الورقية ، كى توفر الثقة والأمان لعقود التجـارة الإلكترونية التى تجرى عبر الشبكات المفتوحة . فصدر قانون التـجارة الالكترونية النموذجى عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى وهناك أيضًا مشروع قانون التوقيعات الالكترونيـة النمـوذجى ، كمـا صدرت تشريعات وطنية فى الولايات المتحدة الأمـريكية ، وألمـانيا ، وفرنسا ودول أخرى ولذلك حرصت لجنة القانون بالمجلس الأعلى للثقافة على تنظيم هذه الندوة التى تعالج بعض الجـوانب القانونية للتجارة الالكترونية ، كى تلقى الضوء على المشكلات القانونيـة التى تطرحـهـا التجارة الالكترونية والتى تتعلق بقانون الإثبات ، ونظرية الالتزامات ، وقانون العقوبات الذى بدأ بواجه ظواهر إجرامية لم تكن معروفة من قبل ، وشارك فى هذه الندوة عدد من المتـخصصين الذين قدموا مـجموعة من الأبحاث التى تناولت هذه الموضوعات ، آملين أن تكون خطوة تتـبعـهـا خطوات أخـرى تنبـه إلى خـطـورة مـوضـوع التـجـارة الالـكـترونيـة وضرورة تدخل المشرع لتنظيم جوانبها المختلفة .

مقرر لجنة القانون بالمجلس الأعلى للثقافة

الأستاذ الدكتور/ محمود نجيب حسنى

تمهيد

ظهرت النواة الأولى لشبكة الإنترنت عندما بدأت وزارة الدفاع الأمريكية مشروع ARPA (Advanced Research Project Agency) فى عام ١٩٦٠ والذى كان يستهدف تحقيق هدف استراتيجى وهو إرسال تعليمات التصويب من خلال مركز التحكم إلى قواعد الصواريخ حتى ولو بعد تدمير جزء من شبكات الاتصال نتيجة لتعرضها للهجوم ، وقد اتسع نطاق هذه الشبكة سريعًا لتدخلها وتتقاسمها جميع مصادر المعلوماتية فى الولايات المتحدة الأمريكية ، ونشأ من هذا التداخل الشبكة الجديدة ARPAnet ، وقد أدى ظهور هذه الشبكة إلى ربط كبرى المواقع المعلوماتية ببعضها وهو ما سمح لها جميعًا باستعمال المعلومات المتداولة عليها من خلال بناء مرن ومستقل عن الحاسبات المستعملة فيها ، ثم تحققت لهذه الشبكة انطلاقة أقوى عندما تبنتها المؤسسة العلمية القومية National Science Foundation (NSF) وذلك بمناسبة إنشاء خمسة مراكز كبرى للحاسبات الفائقة supercalculateurs وذلك بهدف السماح بدخول المجتمع العلمى كافة إلى المعلومات المخزونة ، وهكذا أصبحت كل المراكز الجامعية الكبرى متصلة بالشبكة التى أخرجتها إلى حيز الوجود المؤسسة العلمية القومية والتى لعبت فيها دور العمود الفقرى أو المعبر لحركة مرور المعلومات الخاصة بكل الشبكات الداخلة فيها . ومنذ ذلك الحين أصبح من الممكن الدخول إلى أى نقطة على الشبكة من خلال أى موقع جامعى متصل بها .

وقد أبرمت المؤسسة فى عام ١٩٨٧ عقداً مع بعض الشركات الخاصة[١] ، من أجل إدارة شبكة المؤسسة العلمية الوطنية وزيادة كفاءتها . ومنذ ١٩٩٢ توقفت المؤسسة العلمية الوطنية عن الاستثمار فى الشبكة تاركة الباب مفتوحًا لأنواع أخرى من التمويل ومن ثم لأنواع أخرى من الاستعمال لغير الأغراض العلمية[٢] .

وهكذا وقد أصبحت الإنترنت بمثابة اتحاد للشبكات ، فإنها لم تتوقف عن التطور وأصبح الدخول إليها فى الوقت الحالى متاحًا للكافة ، ولم يعد استخدامها قاصراً على باحثى الجامعات وموظفى المؤسسات العامة ، فقد وجد الأفراد والمشروعات الخاصة فائدة كبيرة فى الإبحار عبر الشبكة ، وبعد أن كان استخدام الإنترنت فى الناحية التجارية محظوراً من قبل فقد تزايد خلال بضعة سنوات وذلك على خلاف المفهوم الأول الذى ساد فى بدايتها ، وازداد اتساع الشبكة على نحو سريع وأصبحت تضم أكثر من ٢٥٠٠٠ شبكة فى كافة أنحاء العالم وجاوز مستخدموها أربعين مليوناً[٣] .

ومن أبسط التعريفات التى قيلت لشبكة الإنترنت أنها شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم(٤) .

ومن أجل أن يتمكن الشخص من استخدام الإنترنت فلابد أن يتوافر لديه جهاز كمبيوتر ، وأن يفتح حساب اتصال لدى أحد مقدمى خدمة الإنترنت **Internet Service Provider** وهو شركة أو مؤسسة تملك اتصالاً بشبكة الإنترنت ذو سرعة عالية وكلفة باهظة ، ولكنه يحقق الربح عن طريق تقديم خدمة الاتصال بكلفة أقل للأفراد أو الجهات التى تحتاج خدمة الاتصال بالإنترنت ، كما يجب أن يكون لديه جهاز مودم **modem** وهو عبارة عن جهاز لتحقيق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر وخط الهاتف(٥) .

ومن البديهى أننا لن نتناول فى هذه الدراسة القانونية الكثير – التفاصيل الفنية الخاصة بشبكة الإنترنت – ولكننا سنضطر حتما إلى استخدام بعض المصطلحات المتداولة بشأن هذه الشبكة التى سنوضح كل منها فى حينه ، إلا أننا لن نستطيع بدء هذه الدراسة إلا بعد التعرف على خدمتين أساسيتين من الخدمات التى تقدم على شبكة الإنترنت واللتان تستخدمان بصفة أساسية فى التعاقد عبر الإنترنت وهما خدمة **World Wide Web** وخدمة البريد الإلكترونى .

أما عن خدمة **World Wide Web** والمسماة **Web** اختصاراً(٦) ، والتى يعبر عنها البعض بالعربية بشبكة المعلومات العالمية(٧) ، فهى الخدمة التى يمكن من خلالها زيارة مختلف المواقع على شبكة الإنترنت وتصفح ما بها من صفحات من أجل الوصول إلى معلومات معينة أو من أجل إبرام عقد مع أحد التجار الذى يعرض منتجاته على الشبكة مثلاً ، وأهم المصطلحات التى تقابلنا فى هذا الشأن هو مصطلح موقع الوب **Web site** ويقصد به كل مكان يمكن زيارته على شبكة المعلومات العالمية ، وهناك الملايين من مواقع الوب على الشبكة ، لكل منها عنوانه الخاص الذى يشار إليه بأحرف الاختصار والذى يقوم مقام العنوان العادى أو رقم الهاتف(٨) ، ولكى تتمكن من زيارة موقع ما فلن يكون عليك سوى تحرير هذا العنوان وهنا سوف تدخل على هذا الموقع وأول ما يطالعك فيه هو الصفحة الأم **home page** وهى الصفحة الرئيسية فى الموقع والتى يمكن من خلال ما بها من روابط أو إشارات **hyperlinks** الوصول إلى الصفحات الأخرى التي يتضمنها ذات الموقع والتى يرغب الزائر فى الحصول على معلومات منها أو التعاقد على منتج معين على سبيل المثال ، وتسمى هذه الصفحات فى العمل بصفحات الوب **Web pages**(٩) .

أما عن خدمة البريد الإلكترونى e-mail[١٠] ، فهى ببساطة استخدام شبكة الإنترنت كمكتب للبريد ، بحيث يستطيع مستخدم الإنترنت بواسطتها إرسال الرسائل إلى أى شخص له عنوان بريد إلكترونى ، كما يمكنه أيضًا تلقى الرسائل من أى مستخدم آخر للإنترنت ، وتتم هذه الخدمة مجاناً ولا يستغرق إرسال الرسالة واستقبالها سوى بضعة ثوان ، ويجب أن يكون لدى مستخدم الإنترنت برنامج للبريد إلكترونى يدرج ضمن البرامج التى يحتويها جهاز الكمبيوتر الخاص به[١١] ، وأن يتبع بعض الخطوات اللازمة لكى يصبح متمتعًا بخدمة البريد الإلكترونى المجانية ، ويمكنه بعد ذلك إرسال الرسائل بالبريد الإلكترونى وذلك بكتابة عنوان المرسل إليه فى الخانة المخصصة لذلك ثم كتابة موضوع الرسالة ثم الضغط على أمر الإرسال ، وبذلك تكون الرسالة قد أدرجت تحت عنوان المرسل إليه على الشبكة ، ولكى يتمكن المرسل إليه من مطالعتها فما عليه سوى أن يستعمل برنامج بريده الإلكترونى ويصدر أمراً بتحميل الرسائل على صندوق بريده الإلكترونى الوارد Inbox وهنا سوف يجد جميع الرسائل التى وردت إليه فى هذا الصندوق ، ويسمح البرنامج المستخدم عادة بإيجاد قائمة بالرسائل تتضمن بيانًا بالمرسلين مع التمييز بين الرسائل التى سبق مطالعتها وتلك التى لم يطلع عليها المرسل إليه بعد ، ولقراءة أى رسالة ينبغى الضغط على موضعها فى القائمة المذكورة فتظهر أمام المرسل إليه على شاشة جهاز الكمبيوتر[١٢] .

ويهمنا هنا أن نؤكد على أن شبكة الإنترنت لم تعد مجرد وسيلة لتبادل المعلومات والحصول عليها من شتى أنحاء العالم ، بل أنها قد أصبحت أيضًا وسيلة يتم من خلالها إبرام العقود بمختلف أنواعها وهو ما يسمى بصفة عامة بالتجارة الإلكترونية ، ونظراً لتعدد الموضوعات القانونية التي يثيرها إبرام العقود عبر الإنترنت والتى سنشير إليها لاحقاً بإيجاز ، بحيث لا يكفى أن يضمها بحث واحد ، فقد اخترنا أولها وهو انعقاد العقد الإلكترونى أو عقد التجارة الإلكترونية إلا أن ذلك لا يمكن أن يتم إلا بعد تعريفه بطبيعة الحال ، على أن نسبق ذلك بنظرة عملية نطلع بها على المشكلات التى يثيرها التعاقد عبر الإنترنت بصفة عامة بحيث يتضح موضوع البحث من بينها ، وعلى العقود المتداولة فى التجربة الأوروبية والأمريكية ، وهكذا تتضح أمامنا خطة هذا البحث على النحو التالى :

خطة البحث

مبحث تمهيدى
نظـرة عمليـة

المطلب الأول : المشكلات العملية التى يثيرها التعاقد عبر الإنترنت بصفة عامة وتحديد موضوع البحث من بينها .

المطلب الثـانى : نظرة على العقود المتداولة عملاً : (العقد النموذجى الفرنسى وعقود المراكز التجارية الافتراضية) .

المبحث الأول
تعريف العقد الإلكترونى وتمييزه عن بعض العقود

المطلب الأول : تعريف العقد الإلكترونى .

المطلب الثانى : تمييز العقد الإلكترونى عن بعض العقود .

المبحث الثانى
انعقاد العقد الإلكترونى

المطلب الأول : التراضى فى العقد الإلكترونى .

المطلب الثانى : محل العقد الإلكترونى .

مبحث تمهيدى
نظرة عملية
المطلب الأول

المشكلات العملية التى يثيرها التعاقد عبر الإنترنت بصفة عامة وتحديد موضـــوع البحـث من بينهـا :

تمثل التجارة الإلكترونية أهمية معتبرة للاقتصاد الفرنسى والأمريكى فقد أبرز أحد التقارير أن العديد من المشروعات الفرنسية قد تبنت بسرعة استخدام الإنترنت ، فقد استخدمتها ٢٤ بالمائة منها فى عام ١٩٩٧ وذلك فى مقابل ١٤ بالمائة فى عام ١٩٩٦ ، كما أشار التقرير إلى أنه من المتوقع أن يتضاعف هذا المعدل ليصل إلى ٤٨ بالمائة فى عام ١٩٩٨ ، وقد بلغت أرقام المبيعات بهذه الطريقة ٥١٨ مليوناً من الدولارات فى الولايات المتحدة الأمريكية و ٥٠ مليون من الفرنكات فى فرنسا فى عام ١٩٩٦ ، ويتوقع أن تصل هذه الأرقام إلى ٦٥٧٩ مليون من الدولارات فى الولايات المتحدة الأمريكية وتسعة مليارات من الفرنكات فى فرنسا عام ٢٠٠١(١٣) ، بل أن مصدراً آخر قد أشار إلى أنها قد جاوزت ثمانية مليارات من الدولارات فى الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٩٧ و ١٥٠ مليوناً من الفرنكات فى فرنسا عام ١٩٩٨(١٤) ، كما يتوقع البعض أن ٦٠ بالمائة من النمو الاقتصادى الذى سيتحقق خلال السنوات الأولى من القرن الحادى والعشرين سيكون راجعاً فى المقام الأول إلى التجارة الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات بصفة عامة(١٥) ، كما ذكر البعض أن عدد مستعملى شبكة الإنترنت فى الولايات المتحدة الأمريكية وحدها يقدر بنحو ٦٢ مليونا وذلك فى عام ١٩٩٧(١٦) .

وتدور الفكرة الرئيسية للتجارة الإلكترونية حول تجميع البائعين فى معارض أو مراكز تجارية أو فتريندات تجارية افتراضية :

des galeries marchandes ou des vitrines commerciales virtuelles (virtual malls).

وذلك من أجل عرض بضائعهم وخدماتهم على العملاء[١٧] ، ويمكن تعريف المركز التجاري الافتراضى بأنه «خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الإنترنت ، ومفتوحة لكل مستعمليها ، وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها »[١٨] ..

وتنقسم المراكز التجارية الافتراضية إلى قسمين أولهما يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة ولكنه يسمح لزائر الموقع بالاطلاع فقط بحيث يستطيع أن يتجول فيه من أجل التعرف على السلع والخدمات المعروضة دون أن يتمكن من شرائها ، ويتعين عليه لكى يتمكن من الشراء أن يدخل إلى القسم الثانى الذى لن يتمكن من الدخول إليه إلا بعد اتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله ، تتلخص فى أن يذكر رقم بطاقته الائتمانية من أجل تيسير الوفاء كما يجب أن يتبنى توقيعًا رقمياً **signature digitale** ذو شفرة خاصة وذلك من أجل أن يعتمد **authentifter** التصرفات التى يبرمها ، وغنى عن البيان مدى حساسية هذه البيانات ولذلك فإن نقلها عبر الشبكة المفتوحة يكون محفوفًا بالمخاطر إلا إذا استعملت الشفرة في ذلك . فإذا تمت هذه الإجراءات استطاع الزائر لموقع التجارة الإلكترونية الدخول إلى صفحات البيع لمختلف المحلات التجارية التى يتكون منها المركز التجارى وأن يتعاقد على المنتجات أو الخدمات التى يرغب فيها . ويجب عليه بعد ذلك أن يقدم نفسه مستخدماً الكود الخاص به كلما أراد الدخول إلى هذا المركز مع ملاحظة إنه إذا دخله فإنه يستطيع الدخول بحرية إلى المحلات المشاركة فيه دون حاجة للتحقق منه عند دخوله كل منها . فإذا دخل الزائر أحد المحلات فإنه يجد نفسه أوتوماتيكياً أمام مجموعة من الصفحات التى تتضمن شروط التعاقد والتى لا يكون بوسعه سوى أن يقبلها أو أن يرفضها برمتها[١٩] .

ويثير إبرام العقود عبر الإنترنت ، أو ما يسمى بصفة عامة – ومع شيء من التجاوز – بالتجارة الإلكترونية ، والتى يقصد بها بصفة عامة المعاملات المالية عبر شبكة الإنترنت سواء تمتعت بالصفة التجارية أم لا، العديد من المشكلات القانونية[٢٠] ، من الناحيتين النظرية والعملية ، على المستويين الوطنى والدولى[٢١] ، ومن ذلك مشكلة الإثبات[٢٢] ، والوفاء[٢٣] ، والملكية الفكرية[٢٤] ، والجانب الجنائى[٢٥] ، ومشكلة القانون واجب التطبيق[٢٦] ، والجانب الضريبى[٢٧] ، ومشاكل اقتصادية[٢٨] ، واجتماعية وأخلاقية وثقافية متنوعة[٢٩] .

هذا بالإضافة إلى ما يمكن أن يثيره التعاقد عبر الإنترنت من مشاكل بشأن العقود بصفة عامة مثل حماية المستهلك من الشروط التعسفية[٣٠] .

ويضاف إلى كل ما تقدم أن شبكة الإنترنت التى سيتم التعاقد من خلالها هى شبكة دولية مفتوحة ، وهو ما دفع البعض إلى التساؤل : هل الإنترنت منطقة بلا قانون ؟ أم على العكس هى منطقة تخضع للعديد من الأنظمة القانونية والقضائية وذلك لتعــذر خضوعها لقانون واحد(٣١) ؟ بل أن البعض الآخر يطرح عنواناً أكثر خطورة بشأن التجارة الإلكترونية وهو : التجارة الإلكترونية تبحث عن قانون(٣٢) ، بل أن أهون ما قيل فى هذا الشأن هو أن النظام القانونى لها مازال قيد الإعداد(٣٣) ، وذلك نابع بطبيعة الحال من أنها تتضمن من المسائل ما لا تسعف فى علاجه القواعد العامة بشأن العقود على المستوى الوطنى ، كما أنها بحاجة إلى قواعد تحقق لها نوعاً من التنسيق على المستوى الدولى(٣٤) ، وسوف يكون تحقيق الاطمئنان لهذا النوع من التجارة هو رائد هذه القواعد بطبيعة الحال والتى لن يكون القانون هو العامل الرئيسى فيها فقط بل والناحية التقنية أيضاً(٣٥) .

ويلاحظ أن المشكلة فى مصر ليست هى حماية المتعاقد عبر الإنترنت بقدر ما هى القصور فى حماية المستهلك تجاه المهنيين بصفة عامة(٣٦) ، وعدم وجود تنظيم قانونى لحماية المستهلك فى حالة التعاقد عن بعد بصفة خاصة ، ولذلك فإن ما يطرحه التعاقد عبر الإنترنت فى مصر ليس فقط حماية المتعاقد عبر الإنترنت بل حماية المستهلك فى حالة التعاقد عن بعد ومن تطبيقاته التعاقد عبر الإنترنت(٣٧) ، مع البحث عن النظام القانونى الذى يمكن أن يطبق على التعاقد عبر الإنترنت فى ظل غياب التنظيم التشريعى وفى ظل تجربة عملية أقل ما يقال عنها أنها مازالت فى المهد ، ومن هنا كان علينا أن نسلك الطريق المألوف للفقه المصرى وهو بحث المشكلة فى الفقه الأجنبى وبصفة خاصة الفقه الفرنسى لنقف على أبعاد المسألة من خلال تطبيق أكثر عملاً وانتشاراً ، خاصة وأنه مهما كانت حداثة مسألة التعاقد عبر الإنترنت فى فرنسا ، فإن تجربة القيام بالتعاقد عن طريق تبادل التعبير عن الإرادة بواسطة شبكة للاتصال عن بعد ليست فكرة حديثة فيها ، وعلى سبيل المثال فقد لعب التعاقد بواسطة الجهاز المسمى **Minitel** دوراً فعالاً فى جعل هذه المسألة مألوفة من جانب المستهلكين ومن جانب المشروعات التى تقدم المنتجات أو الخدمات أيضاً(٣٨) .

وإذا أردنا حصر المسألة فى نطاق أكثر خصوصية ، أى فى نطاق إبرام العقود عبر الإنترنت فسوف يواجهنا تساؤل رئيسى يتعين الإجابة عليه من خلال هذه الدراسة وهو : هل يمكن للقواعد العامة للعقد أن تتواءم مع عمليات التجارة الإلكترونية أم أنها سوف تكون فى حاجة لقواعد خاصة تكفل تحقيق حد معين من الطمأنينة لأطراف العقد المبرم عبر الإنترنت ؟ (٣٩)

وكما سبق أن أشرنا فإننا سنتناول فى دراستنا هذه مسألة انعقاد العقد عبر الإنترنت دون غيرها من المشكلات السابقة ، على أن نسبق ذلك بالضرورة بمحاولة لتعريف العقد الإلكترونى أو العقد المبرم عبر الإنترنت ويهمنا أن ننوه بداءة إلى أننا سنستعمل كثيراً مفردات قد تشير إلى أن العقد الذى نتحدث عن انعقاده عبر الإنترنت هو عقد البيع دون غيره من العقود ، ونؤكد هنا أننا نقصد التعاقد بصفة عامة وليس البيع فقط ، ولعل الدافع وراء ذلك هو أن عقد البيع عبر الإنترنت يستأثر بجانب لا يستهان به من مجمل العقود التى تبرم عبر الإنترنت ، وقد ذكر البعض على سبيل المثال عشرين عقداً يجوز إبرامها عبر الإنترنت[٤٠] .

المطلب الثانى

نظرة على العقود المتداولة عملاً

العقد النموذجى الفرنسى وعقود المراكز التجارية الافتراضية

لقد حرصت على أن تكون هذه الدراسة معبرة قدر الإمكان عن الواقع العملى بشأن العقود الإلكترونية ، فكان من الضرورى الرجوع للعقود المتداولة فى العمل ، وأهم ما صادفنا فى هذا الشأن هو العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين ، وكذلك العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية التى سنشير إليها خلال الدراسة(٤١) .

ومن أجل تسهيل التعاقد عبر الإنترنت فى فرنسا فقد تمت صياغة العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين(٤٢) **contrat-type de commerce électronique commerçants-consommateurs** ، وتم اعتماده من مكتب غرفة التجارة والصناعة فى باريس فى ٣٠ أبريل ١٩٩٨ ومن اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية فى ٤ مايو ١٩٩٨ ، وقد تمت صياغته ووضع نصوصه وفقاً لأحكام القانون الفرنسى بطبيعة الحال(٤٣) ، وإن كان ذلك لا يحول دون إمكانية تطبيق القواعد الواردة به أمام إحدى المحاكم الأجنبية إذا رأى القاضى أن هذه القواعد الاتفاقية تحقق للمستهلك حماية أكثر من تلك التى يحققها له قانونه الوطنى(٤٤) .

وينبغى الإشارة هنا إلى أنه إذا كانت القواعد العامة للعقد قابلة للتطبيق على هذا العقد ، فإن هذه القواعد يجب أن تطوع بعض الشىء لكى لا تتصادم مع التقنية الحديثة فاللجوء إلى الأدوات المعلوماتية والوسائل الإلكترونية **le recours à L'instrument informatique et à la voie électronique** فى التعاقد ، لابد أن يؤدى إلى استحداث بعض القواعد الخاصة التى يجب أن تحظى بالاهتمام الأكبر فى هذا الشأن ، هذا بالإضافة إلى تطبيق بعض القواعد الخاصة الموجودة سلفاً والتى قد تنطبق على هذا التعاقد(٤٥) .

تبقى ملاحظة تتعلق بالطريقة التى صيغ بها هذا العقد ، إذ تمت صياغة أحكامه فى شقين يكمل كل منهما الآخر ، أحدهما يتضمن الشروط النموذجية **clauses-types** التى تتضمن القواعد

التى يخضع لها هذا العقد ، والآخر يتمثل فى شروح أو تعليقات commentaires تمثل دليلاً عملياً لتطبيق هذه الشروط النموذجية[٤٦] .

أما عن العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية فيلاحظ أن بناءها القانونى يتكون من جزأين bipartite فى الغالب[٤٧] ، فالصيغة المتداولة تتضمن الجمع بين شروط عامة تخضع لها كل البوتيكات أو المتاجر المشاركة فى مركز تجارى افتراضى وشروط خاصة بكل بوتيك أو متجر[٤٨] ، وهذه الصيغة هى التى يتبناها على سبيل المثال العقد الخاص بالمركز التجارى Surf and buy d'IBM Europe ، فتنص الشروط العامة لهذا العقد والتى تحمل عنوان «التزامات قانونية Obligations légales» ، على خضوع التعاقد مع العميل لنوعين من الشروط ، فورد بها أنه «سيتم التعامل مع العميل وفقاً لهذه الشروط العامة للبيع والتى يجوز تكملتها بشروط خاصة بكل متجر مشارك Partenaire فى هذا المركز ، ويجب أن يحترم المتجر المشارك الشروط التالية :

(١) أن يحدد بوضوح شخصيته ، وذلك بتحديد اسم الشركة وأرقام التليفون وعنوان مقرها[٤٩] .

(٢) يجب تطبيقاً لأحكام القانون أن تكون العروض مفصلة بحيث تعرض بأمانة صفات المنتجات المعروضة من حيث الكم والكيف ، وبحيث تحيط العميل علماً بصفة خاصة بأبعاد المنتجات ووزنها وتسميتها وطبيعتها ودرجة جودتها ... كلما كان ذلك ممكناً ، ويجب أن تكون الصور الفوتوغرافية الإيضاحية أمينة ومتفقة مع حقيقة المنتج .

(٣) يجب على المتجر المشارك أن يحدد المدة التى يتوقع أن يستغرقها العميل من أجل العثور على قطع الغيار اللازمة لاستعمال المنتج فى السوق .

(٤) يقدم العرض باللغة الفرنسية ، ويجوز أن يصاحبها ترجمة باللغة الإنجليزية إذا شاء المشارك ذلك بالنسبة للبوتيك الخاص به (مع ملاحظة أن بعض المصطلحات ليست قابلة للترجمة فيجوز ذكرها بلغتها الأصلية) .

(٥) يجب أن يحدد المتجر المشارك الأسعار للعميل بطريقة واضحة ، مصحوبة بوصف المنتج ، ويجب أن يذكر السعر بدون الضريبة وكذلك السعر شاملاً جميع الضرائب . ويجب أن يكون هذا السعر شاملاً لنفقات التسليم وأية نفقات أخرى إضافية لازمة لتنفيذ أمر الشراء commande باستثناء الضرائب التى يحتمل أن تقع على عاتق العميل عند استيراده للمنتجات .

(٦) يجب أن تكون المنتجات متاحة بناء على طلب العميل وذلك فى الظروف العادية للمخزون الخاص بالمتجر .

(٧) يجب أن تذكر للعميل المواعيد المعتادة للتسليم .

(٨) يجب أن يذكر المتجر المشارك أية معلومة أخرى تتطلبها القوانين واللوائح السارية تفيد فى إعلام المستهلك وذلك فى النطاق الخاص به،[٥٠] .

وبعد أن ألقينا هذه النظرة العملية ، فإننا سنتناول ببعض التفصيل أوجه الخصوصية فى تعريف العقد الإلكترونى ثم انعقاده .

المبحث الأول

تعريف العقد الإلكترونى وتمييزه عن بعض العقود

المطلب الأول

تعريف العقد الإلكترونى(٥١)

ينبغى أن نركز فى تعريف العقد الإلكترونى على خصوصيته والتى تتمثل بصفة أساسية فى الطريقة التى ينعقد بها ، كما لا ينبغى على أى حال أن نغفل صفة هامة من صفاته وهو أنه ينتمى إلى طائفة العقود التى تبرم عن بعد .

الفرع الأول

تعريف العقد الإلكترونى فى ضوء الطريقة التى ينعقد بها

يجب قبل أن نعرف العقد الإلكترونى أن نبدأ بتعريف التجارة الإلكترونية إذ أنها المجال الذى يظهر فيه هذا العقد ، ونؤكد هنا أن المقصود بالتجارة الإلكترونية هو جميع المعاملات التى تتم عبر الإنترنت حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل والذى غالباً ما يكون تاجراً .

والتجارة الإلكترونية ليست بالبداهة إلا نوعًا من التجارة ، ويلاحظ أن القانون الفرنسى لم يعرف هذا النشاط ولكنه عرف العمل التجارى فقط ، فالتجارة هى ممارسة العمل التجارى على وجه الاعتياد ، إذن فلن تكون التجارة الإلكترونية سوى ممارسة الأعمال التجارية التى نصت عليها المادة ٦٣٢ من تقنين التجارة بوسيلة إلكترونية على سبيل الاعتياد ، ومن ثم يمكن القول أن التجارة الإلكترونية لا تختلف كثيراً عن التجارة بصفة عامة من حيث مضمونها ومحترفيها ، أما وجه الخصوصية فيها فيتمثل فى الحقيقة فى وسائل مباشرتها ، وبصفة خاصة الطريقة التى تنعقد

بها العقود وطريقة تنفيذها[٥٢] . وتعرف الوثائق الحكومية الأمريكية التجارة الإلكترونية بأنها «الاستعمال الأمثل لك أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجارى للمشروعات»[٥٣] .

كما عرفتها إحدى الدراسات المصرية بأنها «تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية فى السلع والخدمات التى تتم بين مشروع تجارى وآخر ، أو بين مشروع تجارى ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات»[٥٤] .

ويبد لنا – سيراً مع ذات المنطق الذى عرفنا من خلاله التجارة الإلكترونية – أن خصوصية تعريف العقد الإلكترونى سوف تتركز حول العامل أو العنصر الإلكترونى فى هذا العقد ، وبمعنى آخر حول الطريقة أو الوسيلة التى ينعقد بها هذا العقد[٥٥] .

وأول ما يطالعنا بشأن الطريقة أو الوسيلة التى ينعقد بها هذا العقد أنه يتعين على المشترك من أجل إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت أن يكون متصلاً بهذه الشبكة التى تتميز بوجهين أساسين للخصوصية وهما أنها شبكة دولية ، كما أنها تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد **Infrastructures des télécommunications** ، فيمكننا إذن أن نصف الإنترنت بأنها شبكة دولية للاتصالات عن بعد **réseau international de télécommunications**[٥٦] .

ويمكن تعريف الاتصالات عن بعد وفقًا للمادة ١/٢ من التشريع الفرنسى الصادر فى ٣٠ ديسمبر ١٩٨٦ بشأن حرية الاتصالات بأنها «كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها ، بواسطة ألياف بصرية أو كهرباء لاسلكية أو أية أنظمة إلكترومغناطيسية أخرى»[٥٧] .

علاوة على ذلك ، فإن شبكة الإنترنت تتصف بأنها شبكة مفتوحة ، بمعنى أنه يسمح لأى شخص من الجمهور بالدخول إليها ، دون شروط سوى أن يكون متصلاً بها .

فالشبكة إذن هى وسيلة للاتصال عن بعد ، ولكن ، وعلى خلاف الهاتف على سبيل المثال ، بواسطة وسيلة سمعية بصرية **audiovisuel** وذلك بالمعنى الوارد بالمادة ٢/٢ من القانون الصادر فى ٣٠ سبتمبر ١٩٨٦ الخاص بحرية الاتصالات والتى تنص على أنه : «يقصد بالاتصال المسموع المرئى كل ما يوضع فى متناول الجمهور أو بعض طوائفه ، من رموز أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو رسائل من أى نوع دون أن يكون لها صفة المراسلة الخاصة وذلك بوسيلة من وسائل الاتصال عن بعد»[٥٨] .

ونلاحظ أنه يمكن للعميل الذى يتصل بموقع التاجر دراسة العرض المقدم من هذا الأخير ، وطلب المعلومات التى يرغبها ، بل ويمكنه التجربة فى بعض الأحيان ، فتعرض بعض المواقع على سبيل المثال ملابس للبيع وتسمح بتجربتها على مانيكانات افتراضية mannecquins virtuels ، وباختصار فلن يتخذ المستهلك موقفاً سلبياً inactif تجاه العرض ، فالتجارة الإلكترونية تسمح إذن بالتفاعل Interactivité بين التاجر والعميل(٥٩) .

وفى ضوء كل ما سبق من أوجه للخصوصية فى الطريقة أو الوسيلة التى يتم من خلالها انعقاد العقد عبر الإنترنت يمكن أن نعرف العقد الإلكترونى أو عقد التجارة الإلكترونية أو العقد عبر الإنترنت بأنه «اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل»(٦٠) .

وعدا ذلك فلا يختلف عقد التجارة الإلكترونية أو العقد الإلكترونى عن أى عقد ، فيجوز أن يرد على كل الأشياء والخدمات طالما أنها ليست خارجة عن التعامل ، أما عن أطرافه فهم أنفسهم فى أى تجارة أخرى : بائعون أو مقدمو خدمات ومشترون أو مستهلكون ، كما قد تتم هذه العقود بين المشروعات inter-entreprises الخاصة أو العامة كما قد تكون عقوداً بين الأفراد(٦١) .

الفرع الثانى

العقد الإلكترونى هو نوع خاص من العقود عن بعد

لا جدال فى أن العقد الإلكترونى يتم عن بعد ، وهو بذلك ينتمى لطائفة العقود عن بعد(٦٢) ، ومن ثم وجب أن يحترم القواعد الخاصة بها(٦٣) ، وبصفة خاصة تلك الخاصة بحماية المستهلك إذا انعقد العقد بين مهنى وبين طرف ثان لا يتعاقد فى نطاق نشاطه المهنى .

وفى الواقع ، فإن وضع قواعد خاصة بحماية المستهلك فى العقود التى تبرم عن بعد تنبع من طبيعة هذه العقود التى تؤدى بالبداهة إلى اختلاف أحكامها عن تلك العقود التى تبرم بين حاضرين(٦٤) ، فالأمر يكون بسيطاً عندما يكون التعاقد بين حاضرين ولا يكون كذلك بالنسبة للتعاملات عن بعد ومن بينها العقود الإلكترونية ، فعندما يتم التعاقد تحت أعين المتعاقدين فإن ذلك يذلل الكثير من الصعاب فالحضور المادى للأطراف يسمح لكل منهم بالتحقق من شخصية الآخر وتاريخ وساعة التعاقد ومن سلامة المستندات وبأن التراضى قد تم وذلك بتلقى كل منهما للتعبير عن

الإرادة الصادر من الآخر ، كما يسمح هذا الحضور المادى بضمان بعض المسائل القانونية وأهمها أن كل من الطرفين يستطيع :

(١) التحقق من أهية الطرف الآخر وصفته فى التعاقد .

(٢) التحقق من تلاقى الإرادتين إذ يتم ذلك بشكل متعاصر حيث يصدر الإيجاب من أحدهما يتبعه القبول من الآخر .

(٣) التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات .

(٤) الإعداد المسبق لأدلة الإثبات .

(٥) التحقق من مكان إبرام التصرفات وتحرير المستندات .

(٦) اعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين .

أما تبادل التعبير عن الإرادتين عن طريق الإنترنت فهو يتم عن بعد أى مع الغياب المادى للمتعاقدين ولذلك فإنه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة :

(١) فلن يسمح للمتعاقد من التحقق بعينه من أهلية وصفة المتعاقد الآخر .

(٢) سيثور الشك بشأن تلاقى الإرادتين وذلك لعدم تعاصرهما ، فهناك مدة زمنية تنقضى بين الإيجاب والقبول(٦٥) .

(٣) كما ستثور مشكلة فيما يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد .

(٤) قد لا يتوافر اليقين الكافى بشأن أدلة الإثبات التى تعد مسبقاً وذلك طالما أنه لم يتم تبادل المستندات يداً بيد .

(٥) ستثور مشكلة بشأن مكان انعقاد العقد ، وهل انعقد فى موطن الموجب أم فى موطن القابل .

(٦) ولن تكون توقيعات الأطراف متعاصرة بطبيعة الحال .

ويضاف إلى ما سبق عنصر آخر فى غاية الأهمية فى نظرنا يبرر إفراد العقود عن بعد بأحكام خاصة وهو أن المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج الذى يتعاقد عليه ، وذلك

مهما بلغ وصف البائع لها من دقة وأمانة ، وهو ما يبرر بصفة خاصة التركيز على إعطاء المستهلك رخصة الرجوع فى العقد خلال مدة معينة تحسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذى تعاقد عليه[٦٦] .

ويبد أن كل هذه التساؤلات والمشكلات قد سبق طرحها بشأن بعض وسائل البيع عن بعد مثل الخدمة المسماة **Minitel** . كما يضاف إليها المزيد بالنسبة للإنترنت أخذاً فى الاعتبار البعد العالمى لهذه الشبكة[٦٧] .

ويترتب على اعتبار العقد المبرم عبر الإنترنت من العقود المبرمة عن بعد بعض الآثار الهامة نخص منها بالذكر أن المستهلك يتمتع فى حالة العقود التى تبرم عن بعد بحق أو رخصة الرجوع فى العقد **droit de rétractation** ، وهو الحل الذى تبناه المشرع الفرنسى وكذلك التوجيه الأوروبى الصادر فى عام ١٩٩٧ والخاص بالعقود عن بعد : فتنص المادة **L. 121-16** من تقنين الاستهلاك على أنه «يجوز للمشترى فى كل عمليات البيع عن بعد إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه فى مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من تاريخ تسليم طلبه ، وذلك دون أية جزاءات باستثناء نفقات الإرجاع . فإذ صادف أن كان اليوم الأخير منها السبت أو الأحد أو يوم عطلة أو إضراب عن العمل ، فإنها تمتد إلى أول يوم عمل يليه» ، كما تبنى التوجيه الأوروبى الصادر فى ١٩٩٧ والخاص بحماية المستهلكين فى العقود عن بعد فى مادته السادسة حلا مماثلاً وذلك باعترافه بحق الرجوع[٦٨] ، وبذلك لن يجوز للمهنيين الأوروبيين إنكاره على المستهلكين[٦٩] .

المطلب الثانى
تمييز العقد الإلكترونى عن بعض العقود

لقد ظهر بوضوح أن الوسيلة أو الطريقة التى ينعقد بها العقد الإلكترونى تمثل أهم وجه لخصوصيته ، كما اتضح لنا أنه ينتمى لطائفة العقود التى تبرم عن بعد ، ومن ثم وجب علينا أن نميز هذا العقد عن غيره من العقود التى لا تنعقد بذات الطريقة التى ينعقد بها ومن ذلك مثلاً عقد البيع التقليدى ، وكذلك عن غيره من العقود التى تبرم عن بعد ، هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن عقد التجارة الإلكترونية أو العقد الإلكترونى ليس هو العقد الوحيد الذى يظهر لنا بمناسبة التعاقد عبر الإنترنت أو فى البيئة الإلكترونية بصفة عامة ، بل تظهر لنا بعض العقود الأخرى التى تحيط به أو التى تلزم لوجوده بمعنى أدق وهو ما سنتناوله تباعاً .

الفرع الأول
تمييز العقد الإلكترونى عن بعض العقود بالنظر إلى طريقة التعاقد وعن غيره من العقود عن بعد[٧٠]

رغم أننا قد استطعنا تعريف العقد الإلكترونى أو عقد التجارة الإلكترونية محددين ما به من خصوصية ، إلا أنه وطالما أنه لم يخضع لتنظيم خاص به عن غيره من العقود حتى الآن ، فقد يحدث أن يختلط بها ، ولذلك وجب علينا أن نميزه عنها ، ونكرر هنا الملاحظة التى سبق أن أبديناها وهى أننا – وتأثراً بأغلب الفقهاء الفرنسيين الذين تناولوا هذا الموضوع – قد نستعمل بعض المفردات التى قد توحى بأن العقد الإلكترونى هو عقد بيع فقط ، نظراً لأنه يحتل المركز الرئيسى من بين العقود التى تبرم عبر الإنترنت ، إلا أنه ينبغى أن يكون مفهوماً أن ما سنقوله بشأن عقد البيع يسرى على غيره من العقود التى تبرم عبر الإنترنت .

ونبدأ بتمييز العقد الإلكترونى عن عقد البيع التقليدى **contrat de vente traditionnel** ، والذى عرفته المادة ١٥٨٢ من التقنين المدنى الفرنسى بأنه «عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم

شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمنه»(٧١) ، أو هو كما عرفته على نحو أدق المادة ٤١٨ من القانون المدنى المصرى بأنه «عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشترى ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدى»(٧٢) . ويتميز هذا العقد بأنه من العقود التبادلية ، وهو عقد رضائى ، ناقل للملكيــة ، ومن عقود المعاوضة(٧٣) ، وفيه يكون كل المتعاقدين حاضراً فى مواجهة الآخر عند تبادل التعبير عن الإرادتين ، أما عن الوقت الذى ينعقد فيه فإنه ينعقد عند تبادل التعبير عن الإرادتين على الثمن والشيء المبيع ، مع ملاحظة أن العقد ينعقد بتلاقى الإرادتين حتى ولو لم يكن الشيء قد سلم بعد ، ومن الواضح إذن أن العقد الإلكترونى ليس عقد بيع تقليدى إذ يتسم الأخير يتسم بصفة رئيسية هى المواجهة بين المتعاقدين ، اللذان يكونان حاضرين عند تبادل التعبير عن الإرادتين ، فى حين يتسم العقد الإلكترونى ببعد الطرفين وانفصالهما عن بعضهما البعض **la distance séparant des parties** .

أما عقد البيع عن بعد **contrat de vente à distance**(٧٤) ، فيمكن تعريفه بأنه «عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المورد ، دون حضور مادى متعاصر للمورد والمستهلك ، وباستخدام تقنية للاتصال عن بعد من أجل نقل عرض المورد وأمر الشراء من المستهلك»(٧٥) ، ويتسم خصائصه بعدم الحضور المادى المتعاصر للمتعاقدين وينتقل فيه الإيجاب عن بعد بوسائل مختلفة مثل إرسال كتالوج أو بالتليفون أو التليفزيون ، أو وسيلة اتصال مرئية **vidéotex** أو مسموعة **audiotex** ، كما ينتقل أمر الشراء من المشترى **la commande** هو الآخر عن بعد بواسطة وسيلة اتصال عن بعد .

ويبدو من التعريف السابق للعقود عن بعد أنها تتنوع تنوعاً كبيراً وفقاً للوسيلة التى تتم بها ومن أهم صورها التعاقد عن طريق التليفزيون والمسمى فى القانون الفرنسى **contrat de vente par téléachat** المنظم بالقانون الصادر فى ٦ يناير ١٩٨٨ ومرسوم ١ سبتمبر ١٩٩٢ ، وقد أكد القانون المذكور(٧٦) ، خضوعه لقواعد حماية المستهلك الخاصة بالبيع عن بعد وخاصة حقه فى الرجوع فى العقد(٧٧) ، ولما كانت التجارة الإلكترونية تباشر بوسيلة مسموعة مرئية كما تتميز أيضاً بأن الوصول إلى الإيجاب متاح للكافة دون تمييز ، فيجوز من هذا المنظور أن يقترب العقد الإلكترونى من عقد البيع بواسطة التليفزيون **téléachat** سالف الذكر ، إلا أنه ينبغى التنويه إلى عنصر هام فى العقد الأخير وهو أن البث يتم من جانب واحد ، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس عقد التجارة الإلكترونية التى تتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل بحيث يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين(٧٨) .

أما عقد البيع فى الموطن **Contrat de vente à domicile**(٧٩) ، أما ما يسمى بالسعى لإبرام العقود **démarchage** ، فهو طريقة من طرق البيع تتمثل فى دعوة من جانب المهنى لمقابلة المستهلك من أجل أن يقترح عليه بيع أو إيجار شيء أو تقديم خدمة(٨٠) ، ويمكن أن يتم بطريقتين

الأولى ينتقل فيها التاجر إلى موطن المستهلك فى مسكنه أو فى مكان عمله ، والثانية ينتقل فيها المستهلك لمقابلة التاجر فى مكان ليس مخصصاً لتجارة الأموال أو الخدمات المعروضة ، ويتمتع فيه المستهلك أيضاً بالحق فى الرجوع فى العقد مع خلاف فى بعض التفاصيل مع البيع عن بعد .

وقد يحدث الخلط بين العقد الإلكترونى وبين السعى لإبرام العقود إذا تم هذا الأخير بواسطة التليفون ، ولما كان من الغالب أن يكون الإيجاب فى العقد الإلكترونى عاماً ، فيمكن إذن أن نميزه عن السعى لإبرام العقود بواسطة التليفون والذى يتطلب اتصالاً خاصاً **correspondance privé** بحيث يكون الإيجاب موجهاً لشخص معين ، كما تختلف المبادرة إلى التعاقد بين هذين العقدين ، ففى حالة السعى لإبرام العقود فى الموطن بواسطة التليفون تأتى المبادرة من البائع الذى يقوم بعمل إيجابى بالاتصال بالمشترى المحتمل ، فى حين أن الاتصال يأتى غالباً من قبل العميل فى حالة العقد الإلكترونى أو عقد التجارة الإلكترونية(٨١) .

ويمكن القول بصفة عامة أنه على الرغم من انتماء العقد المبرم عبر الإنترنت للعقود عن بعد فإن له بعض السمات الخاصة التى سيترتب عليها بالبداهة بعض النتائج القانونية ، فيقتضى تعريف العقد الذى يبرم عن بعد ألا يكون هناك حضور مادى معّاصر **présence physique simultanée** للمتعاقدين ، وعلى العكس بالنسبة للإنترنت فإن صفة التفاعلية فى هذه الشبكة تسمح بحضور افتراضى معاصر **présence virtuelle simultanee** ، كما تسمح صفة التفاعلية بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فوراً على الشبكة (مثل الحصول على معلومات معينة أو برامج كمبيوتر) ، كما تسمح من ناحية أخرى بالوفاء على الخط أو الشبكة الذى يمكن أن يكون فورياً أيضاً . وهكذا يمكن أن نلاحظ وفقاً للنصوص التشريعية ، أن فكرة البعد **la notion de distance** تتضمن دائماً تصوراً زمنياً **une notion temporelle** ، إذ يكون هناك تصرف مرجأ **une action differée** ، وبصفة خاصة الفارق الزمنى بين الإيجاب والقبول ، فهناك دائماً فكرة الحدين **binôme** أى الحدين الزمنيين ، والتى يمكن التخلى عنها فى حالة التجارة الإلكترونية . وأن تحل محلها فكرة المعاصرة **temps réel** وهى سمة خاصة بشبكة الإنترنت يجب أن تؤخذ فى الاعتبار من الناحية القانونية(٨٢) .

والخلاصة إنه إذا كان عقد التجارة الإلكترونية يستهلم الأحكام الخاصة بالعقد المبرم عن بعد ، فإنه يجب أن يخضع أيضاً لبعض الأحكام المغايرة التى تأخذ فى الاعتبار الخصوصية السابقة(٨٣) ، ولكن لا ينبغى أن تؤدى هذه الخصوصية إلى التشكيك فى اعتباره من العقود التى تبرم عن بعد ، فمهما قلنا عن معاصرة الإيجاب للقبول من الناحية الزمنية ، فإن البعد المكانى بين الموجب والقابل يظل واقعاً مؤثراً لا يجوز إنكاره وخاصة فيما يتعلق بمسألة التحقق من أهلية المتعاقد وصفته فى التعاقد وكذلك فيما يتعلق بعدم رؤية المستهلك للسلعة بعينيه وهو ما يستدعى أحكام التعاقد عن بعد لتطبق على التعاقد عبر الإنترنت .

الفرع الثانى

تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة به فى البيئـة الإلكـترونيـة واللازمـة لتحقيقـه

يمكننا تقسيم عقود التجارة الإلكترونية من وجوه متعددة ، ومن أهم هذه التقسيمات ذلك الذى يأخذ فى الاعتبار مدى ارتباط تنفيذ العقد بالشبكة نفسها ، فهناك من العقود الإلكترونية ما ينفذ على الشبكة نفسها وذلك عندما يكون محلها غير مادى ومتاح على الخط أو على الشبكة نفسها : مثل الحصول على معلومات أو برامج أخرى ومنها ما يتم تنفيذه خارج الشبكة فى العالم المادى أو الملموس le monde physique والتى يكون محلها سلع أو خدمات مختلفة ، وفى الحالة الأولى فإن العقد يكون قد تم بكامله على الخط أو على الشبكة خاصة إذا تم الوفاء أيضاً من خلالها ، أما فى الحالة الثانية فإن الشبكة لا تكون سوى وسيلة جديدة للتعاقد[٨٤] .

وكذلك يمكن تقسيم هذه العقود ، كما فى عقود التجارة العادية إلى عقود تنعقد مع المستهلكين ، وأخرى تتم بين المهنيين[٨٥] . ولن يفيدنا فى هذه الدراسة أن نستغرق كثيراً فى هذه التقسيمات إذ أن الحديث فى مسألة التعاقد فى نطاق التجارة الإلكترونية ينطوى على قدر كبير من التنوع[٨٦] ، ولكن يهمنا أكثر أن نشير إلى طائفة من العقود التى تبرم بسبب التجارة الإلكترونية ومن أجل تحقيقها دون أن تكون التجارة الإلكترونية محلاً لها ، وسوف نتناول هنا بإيجاز هذه الطائفة من العقود المرتبطة بالعقد الإلكترونى واللازمة لوجوده فى الغالب .

أولاً – عقد الدخول إلى الشبكة Le contrat d'accès au réseau[٨٧] :

عقد الدخول إلى الشبكة هو العقد الذى يحقق الدخول إلى شبكة الإنترنت من الناحية الفنية ، وبمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الإنترنت للعميل الوسائل التى تمكنه من الدخول إلى الشبكة ، وأهمها برنامج الاتصال connexion الذى يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر والشبكة ، كما قد يقدم أيضًا – وهو فرض نادر – الأدوات اللازمة لذلك مثل جهاز المودم ، كما يقوم المورد ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد مقابل استيفاء الرسوم المسماة برسوم الإدارة أو الملف منه . كما يعرض المورد على عميله فى الغالب خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن hot line والتى تستهدف حل المشكلات الفنية التى قد يواجهها المستخدم الجديد للإنترنت عن طريق التليفون[٨٨] .

ورغم أن خدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن hot line لا تدخل فى نطاق العقد الإلكترونى بالمعنى الذى حددناه إلا أن أهميتها وضرورتها لحسن سير العمليات الخاصة بالتجارة الإلكترونية ومنها إبرام العقد الإلكترونى ، تفرض علينا أن نذكر بإيجاز بعض الأحكام الخاصة بها، والملاحظ من التجربة العملية أن خدمة الخط الساخن أو المساعدة التليفونية قد تطورت بازدياد وبصفة خاصة فى تجارة المنتجات ذات التقنية العالية ، كما هو الحال فى العقود التى تتم بكاملها على الخط أو الشكبة ، ويتولى المشروع الذى يبيع منتجًا أو يقدم خدمة معينة تقديم هذه المساعدة الفنية ، كما يجوز أن يتولاها الغير لحساب هذا المشروع(٨٩) .

ويجب هنا التنبيه إلى ما قد يتصوره البعض من أن تقديم هذه المساعدة يقع خارج النطاق العقدى بحيث يكون فتح الخط الساخن مجرد خدمة يعلن عنها المشروع ويحدد بمفرده نطاقها ضيقاً واتساعًا ، وبحيث لا ينشيء التعهد بها التزاماً معيناً يترتب على عدم تنفيذه قيام مسئولية المشروع إلا على نحو استثنائى وعلى أساس قواعد المسئولية التقصيرية فقط ، فخدمة المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن تدخل فى الإطار العقدى باعتبارها عنصراً فى العقد الرئيسى ، أو على الأقل باعتبارها محلاً لعقد خاص ، وإذا كان الأمر كذلك ، فمن المتصور قيام المسئولية العقدية للمشروع الذى يقدمها وفقاً لما اتفق عليه فى هذا العقد فى حالة الإخلال بها ، كما أن إخضاع هذه الخدمة للتنظيم العقدى يعنى أن من يتعهد بالمساعدة التليفونية يجب أن يقوم بها بالطريقة المناسبة بقدر الإمكان ، ومن خلال شروط تلزمه بالتزامات محددة(٩٠) .

وبناء على ذلك يمكن إيجاز أهم التزامات المشروع الذى يقدم خدمة الخط الساخن فى التزامه بأن يحدد للعميل الوقت الذى يجوز له فيه الدخول إلى الخط الساخن والوقت المحدد للرد عليه وبتحديد اللغة أو اللغات التى تقدم بها هذه الخدمة ، وبتحديد خدمات المساعدة الفنية التى يلتزم بتقديمها أو تلك التى لن يلتزم بتقديمها ، وبتحديد متوسط المدة القصوى المخصصة لحل المشاكل التى يطرحها العميل(٩١) .

أما عن العميل ، فنشير إلى أنه يلتزم فى عقد الدخول إلى الإنترنت بالتزام رئيسى هو سداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك وذلك فى مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التى تقدم على شبكة الإنترنت أو بعضها(٩٢) .

وجدير بالذكر أن المجلس الوطنى للاستهلاك فى فرنسا CNC قد أشار فى تقرير حديث له ، إلى بعض أوجه القصور فى هذه العقود وبصفة خاصة فى عبارات إعلام المستهلك ، وأوصى بأنه

يتعين على المورد بصفة عامة أن يعلم العميل بمدى كفاءة الخطوط المستعملة ، وبعدد المشتركين لديه كمؤشر على كفاءة عنصر الاتصال بالعملاء لديه ، كما يجب أن يعلمه بالبرامج المقدمة ومدى حداثتها ، وأن يقدم لعميل البرامج اللازمة للتوافق بين خدمات الشبكة وبين الأجهزة التى يستخدمها ، كما عليه أن يقدم له ، ودون أية نفقات إضافية عداداً للوقت فى الحالة التى تتم فيها محاسبته بالمدة(٩٣) .

ثانياً – عقد الإيجار المعلوماتى(٩٤) :

عقد الإيجار المعلوماتى هو عقد من عقود تقديم الخدمات بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانات أجهزته أو أدواته المعلوماتية ، ويتمثل ذلك غالباً فى إتاحة انتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين .

ومثال ذلك أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشترك إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكترونى لديه ، فيخصص له حيزاً على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الإنترنت من أجل صندوق خطاباته الإلكترونى ، ويدخل فى هذا النوع من تقديم الخدمات أيضاً توفير المورد موقع Web لأحد العملاء من خلال جهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الإنترنت بحيث يتمكن من التعامل بشأن هذا الموقع من خلال هذا الجهاز .

ويرى البعض تكييف هذا العقد بأنه عقد إيجار أشياء **louage de choses** مما تنظمه المادة ١٧١٣ وما بعدها من التقنين المدنى الفرنسى وذلك طالما أن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته مع احتفاظه بملكيتها ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانات التى تتيحها هذه الأجهزة ، وطالما أن ما يقدمه من خدمات فنية يعد ذا صفة تبعية بالنسبة للانتفاع بهذه الأجهزة(٩٥) .

ويترتب على الأخذ بهذا التكييف نتيجة هامة بشأن مسئولية مقدم هذه الخدمة عما قد يسببه استعمال العميل لأجهزته على نحو يضر بالغير ، والراجح أنها تتحدد بالقدر الذى يتخلى فيه عن حيازته لإمكانات أجهزته ، فإذ وصل ذلك إلى الحد الذى يمكن معه اعتبار أنها قد خرجت من تحت حراسته ، فإنه لا يكون مسئولاً عن الاستعمال الذى يقوم به المشترك وذلك بالقدر الذى يثبت فيه أن مقدم الخدمة لم يشارك ولم يعلم بما قام به المشترك(٩٦) . ولا يخرج ذلك عن القواعد العامة المقررة بشأن مسئولية حارس الأشياء(٩٧) .

ثالثاً – عقد إنشاء المتجر الافتراضى La réalisation de la boutique virtuelle[٩٨] :

ويطلق البعض على هذا العقد الذى يحقق إنشاء المتجر الافتراضى عقد المشاركة Le contrat de participation ، وذلك لأنه العقد الذى بمقتضاه يصبح المتجر أو البوتيك الافتراضى مشاركاً partenaire فى المركز التجارى الافتراضى ، الذى يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد وهو بذلك يماثل المركز التجارى التقليدى الذى يجمع العديد من التجار فى مكان واحد[٩٩] .

وينظم هذا العقد بطبيعة الحال الالتزامين الرئيسيين فيه وهما التزام المركز التجارى بفتح المتجر الخاص بالمشارك على شبكة الإنترنت ، وما يتضمنه ذلك من الترخيص له باستخدام برنامج متخصص يسمح له بمباشرة التجارة عبر شبكة الإنترنت ، والتزام المشارك بالمقابل المالى لذلك ، كما يتضمن هذا العقد بعض الأحكام التى تستهدف تنظيم مسئولية طرفيه بشأن بعض المسائل مثل ضرورة احترام التشريعات السارية التى تتعلق بهذه الأنشطة ، واحترام المتجر الافتراضى للشروط العامة للمركز التجارى الافتراضى مع مراعاة وجود بعض الشروط الخاصة بالمتجر ، وبشأن الرقابة على محتويات المتجر ، وضمان احترام الطرفين للأعراف التجارية ، وتنظيم إبرام العقود اللازمة مع الغير مثل الترخيص للمتجر من إحدى شركات البرامج باستخدام برنامج معين للوفاء على سبيل المثال[١٠٠] .

ويرى البعض تكييف هذا العقد بأنه عقد تقديم خدمات يدخل فى نطاق عقد المقاولة entreprise ou louage d'ouvrage الذى تعرفه المادة ١٧١٠ من التقنين المدنى الفرنسى بأنه «عقد بمقتضاه يلتزم أحد الأطراف بالقيام بعمل لحساب الآخر بمقابل يتفقان عليه»[١٠١] ، وهو الرأى الذى لا يتعارض مع ما هو مقرر بشأن عقد المقاولة بصفة عامة[١٠٢] .

المبحث الثانى
انعقاد العقد الإلكترونى[١٠٣]

لقد اتضح من الجزء السابق من دراستنا هذه أن الحديث بشأن التجارة الإلكترونية يطرح أمامنا العديد من العقود ، من ضمنها العقد الإلكترونى أو عقد التجارة الإلكترونية ، ومن الواضح أن هذا العقد الأخير الذى يبرم عبر الإنترنت يصلح كأداة لإبرام معظم العقود التى يمكن إبرامها فى العالم الحقيق أى خارج الشبكة ، ولذلك لا ينبغى لمن يتحدث فى التعاقد عبر الإنترنت أن يورط نفسه فى كتابة مطول حقيقى للعقود يتناول فيه انعقاد جميع هذه العقود عبر الإنترنت ، فلن يكون لذلك سوى فائدة محدودة ، ولذلك فإن ما ينبغى أن نتناوله هنا هو بعض أوجه الخصوصية التى يتعين على الأطراف أخذها فى الاعتبار عند إبرام مثل هذه العقود[١٠٤] ، فلا جدال فى أن التعاقد عبر الإنترنت يخضع للقواعد العامة بشأن العقود ما لم تؤد خصوصية هذا النوع من التعاقد إلى الحاجة لبعض القواعد الخاصة[١٠٥] ، ولا يبدو أن الفقه قد وجد شيئًا من الخصوصية بالنسبة لركن السبب فى العقد المبرم عبر الإنترنت[١٠٦] ، ولذلك فإننا سنتناول ببعض التفصيل ركنى التراضى والمحل فى العقد الإلكترونى أو العقد المبرم عبر الإنترنت أو عقد التجارة الإلكترونية .

المطلب الأول

التراضى فى العقد الإلكترونى

الفرع الأول

وجود التراضى

الموضوع الأول : الإيجاب فى العقد الإلكترونى(١٠٧)

يعرف الإيجاب بصفة عامة بأنه «عرض جازم وكامل للتعاقد وفقًا لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو للكافة»(١٠٨) .

وينبغي وفقًا للقواعد العامة أن يكون الإيجاب جازمًا بمعنى أن يعبر عن إرادة مصممة وعازمة نهائيًا على إبرام العقد إذا ما صادف الإيجاب قبولاً ومن ثم فلا يعد إيجاباً مجرد الدعوة إلى التفاوض أو الإعلان حتى ولو تضمن كافة العناصر الرئيسية للعقد ، كما يجب أن يكون محدداً وكاملاً وذلك بأن يتضمن كافة العناصر الأساسية اللازمة للعقد المراد إبرامه ، ومثال ذلك تحديد المبيع والثمن فى عقد البيع ، كما يجب أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه(١٠٩) .

ولما كان العقد الذى ينعقد فى إطار التجارة الإلكترونية يندرج من الناحية التشريعية فى طائفة العقود التى تبرم عن بعد ، فإن تعريف الإيجاب فيه يجب أن يتم فى ظل تعريف الإيجاب فى هذه العقود(١١٠) .

ويعرف التوجيه الأوروبى الخاص بحماية المستهلكين فى العقود المبرمة عن بعد ، الإيجاب فى هذه العقود بأنه «كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان»(١١١) .

والآن يتعين علينا أن نركز على أوجه الخصوصية فى الإيجاب فى العقد الإلكترونى أو ما يسميه البعض بالإيجاب الإلكترنى(١١٢) ، ومن أهمها أن التعبير عن الإيجاب يتم من خلال شبكة

عالمية للاتصالات عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، وتسمح هذه الوسيلة لمن يصدر عنه الإيجاب باستخدام وسائل للإيضاح البيانى أكثر ملاءمة بالنسبة لأنواع معينة من البيوع ، ولا يبدو أن استخدام مثل هذه الوسائل قد يثير مشكلة فى حد ذاته ، إذ يكفى أن يحترم الإيجاب مقتضيات الشفافية والوضوح التى يفرضها تقنين الاستهلاك لكى لا يعد إيجاباً مضللاً وفقاً للقانون الفرنسى ، فينبغى على سبيل المثال أن تعبر صورة الشيء المعروض للبيع تعبيراً أميناً عن هذا الشيء ، وهو الشرط الذى تسمح بتحقيقه فى الوقت الحالى تقنية الصور ثلاثية الأبعاد 3 D دون أية صعوبة .

وسوف نتناول فيما يلى بعض المسائل التى تبدو فيها خصوصية الإيجاب فى العقد الإلكترونى وما يقتضيه ذلك من خروج فى بعض الأحيان عما هو مستقر فى القواعد العامة :

أولاً - الالتفاف حول الطابع الجازم للإيجاب تحقيقاً لأغراض معينة :

يحقق الإيجاب الذى يتم بواسطة البريد الإلكترونى ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين وذلك فى الحالة التى يرغب فيها التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يرى أنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور ، فيجوز أن نشبهه إذن بالسعى لإبرام العقود بواسطة البريد ، طالما أن التاجر يرسل رسالته الإلكترونية إلى صناديق البريد الإلكترونية الخاصة بهم . أما المرسل إليه فسيعلم بهذا العرض عندما يفتح صندوق خطاباته الإلكترونى ، واعتباراً من هذه اللحظة فقط تبدأ فعالية الإيجاب ، بحيث يكون للمرسل له الحرية فى قبول العرض برسالة إلكترونية من جانبه(١١٣) .

وهكذا تسمح تقنية البريد الإلكترونى بالعلم بسهولة بالعروض التعاقدية ، كما تسمح بتحقيق الشروط التى تتطلبها التشريعات المختلفة فى الإيجاب دون صعوبة كبيرة ، وهكذا ينبغى أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذى يجعلها بمثابة الإيجاب وهو ما لن يتحقق إلا إذا تضمنت جميع الالتزامات التى سيتم الالتزام بها ، أيا كان عدد من سيقبلون هذا الإيجاب ، ولكن ، وعلى العكس من ذلك ، يلاحظ من الناحية العملية ، أن التاجر يحرص على ألا يلتزم إلى حد بعيد وذلك لكى يعتبر العرض المقدم منه مجرد إعلان لا يكفى لانعقاد العقد إذا قبله من وجه إليه وهو ما يعطيه فرصة للتراجع تحسباً لظروف معينة مثل نفاد مخزونه فى وقت معين والذى يحتمل أن يصيبه ببعض الضرر(١١٤) .

هذا عن الحالة التى يرغب فيها التاجر فى توجيه الإيجاب لأشخاص معينين، وعلى العكس ، يصادفنا كثيراً بعض المواقع على الإنترنت التى تعرض منتجات وخدمات على صفحات الوب Web الخاصة بها ،

وفى هذه الحالة فإن العميل المحتمل لم يحدد بعينه فيكون الإيجاب عاماً[115] ، ويكون لمستعمل الشبكة الحرية فى الرد على الإيجاب وفى التعاقد ، وذلك بإرسال حد أدنى من البيانات وبصفة خاصة تلك التى تحدد شخصيته إضافة لبعض البيانات المصرفية بهدف الوفاء بطبيعة الحال[116] .

ولكن قد تثور فى حالة الإيجاب العام مشكلة مدى يسار العميل الذى يكون مجهولاً عند صدور الإيجاب، وكذلك مشكلة نفاد المخزون إذا قبل العرض عدد كبير من مستعملى الشبكة[117] ، ولذلك يكون من الأفضل فى هاتين الحالتين لمصلحة التاجر أن يحتفظ بإمكانية الرجوع فيه بحيث لا يكون التاجر ملتزماً بموجب هذا العرض الذى كان سيكفى مجرد قبوله لانعقاد العقد لو لم يحتفظ التاجر بمكنة الرجوع فيه[118] .

وغنى عن البيان أن العقد ينعقد بصدور الإيجاب وقبوله ، ويجب على الأطراف احترامه وإلا قامت المسئولية العقدية فى حالة عدم تنفيذ أى منهم له ، ولذلك ينصح الموجب بأن ينص فى إيجابه على أن العرض الصادر منه ليس إلا دعوة للدخول فى مفاوضات أو دعوة للتعاقد ، وذلك بأن يوضح على سبيل المثال أن هذه الشروط التجارية ليست إيجاباً بالمعنى القانونى وذلك بطريقة واضحة لا يمكن الالتفاف حولها ، وذلك باستخدام بعض العبارات مثل «دون التزام **sans engagement**» أو «بعد التأكد après confirmation» ، وعندئذ فإن إجابة مستعمل الشبكة تجعل منه هو الموجب ، وتكون الرسالة الإلكترونية التى يرسلها البائع بعد ذلك هى القبول الذى ينعقد به العقد[119] ، وما لم يتحفظ البائع على هذا النحو – أى بأنه لا يعتبر ما صدر منه إيجاباً – فيعد ما صدر منه إيجاباً ملزماً يؤدى لانعقاد العقد إذا قبله المشترى على الإنترنت[120] .

ثانياً – التوفيق بين عالمية الشبكة ووجوب استعمال اللغة الوطنية فى الإيجاب فى بعض القوانين[121] :

توجب المادة ٢ من التشريع الفرنسى الصادر فى ٤ أغسطس ١٩٩٤ المسمى بقانون **Toubon** ، استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل ترجمة بها فى التعبير عن الإيجاب فى كل أنواع التجارة ، ومن ثم فى التجارة الإلكترونية ، وعلى وجه الخصوص فى «وصف الشىء أو المنتج أو الخدمة ، وتعيين نطاقه وما له من ضمان ، وفى الإيجاب ، وكذلك فى طريقة التشغيل أو الاستعمال ، وفى الفواتير والإيصالات»[122] .

وغنى عن البيان أن العرض يكون دولياً فى حالة التجارة الإلكترونية ، وهنا يجوز التساؤل عما إذا كان للمستهلك الفرنسى أن يستند إلى أحكام قانون Toubon لكى يتمكن ، بسوء نية ، من تقرير بطلان العقد ؟ ويبدو من الصعب قبول مثل هذا الحل خاصة إذا تخيلنا وضع التاجر إذا وجد مثل هذا التشريع فى دول أخرى عديدة .

ويمكن هنا القياس على ما اقترحه التوجيه الأوروبى الصادر فى ٢١ مايو ١٩٩٢ من أنه «إذا استجاب مستهلك فرنسى لإعلان فى صحيفة صادرة باللغة الإنجليزية أو برنامج للبيع فى التليفزيون باللغة الألمانية فلا يجوز له أن يتوقع تلقى جميع المعلومات بلغته الوطنية ، فإذا كانت وسيلة الدعاية توزيع خارج منطقتها اللغوية وقرر المستهلك أن يتعاقد ، فلا ينبغى أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقاً أمام هذا العقد العابر للحدود» ، ومن المؤكد أن الاقتراح الوارد بالتوجيه سالف الذكر قابل للتطبيق على التجارة الإلكترونية ، فطالما أنه قد أشار على سبيل المثال للإيجاب بواسطة التليفزيون ، فيجوز أن يدخل فى نطاقه كل وسيلة أخرى للاتصال عن بعد عبر الحدود ومن ذلك الإنترنت(١٢٣) .

كما حاولت الحكومة الفرنسية التخفيف من أثر هذا القانون بالنسبة لشبكات الاتصالات وأهمها الإنترنت ، فأصدر رئيس الوزراء منشوراً circulaire فى ١٩ مايو ١٩٩٦ يتضمن بشأن تطبيق نصوص القانون الصادر فى ٤ أغسطس ١٩٩٤ ، وجوب استخدام اللغة الفرنسية فى كتابة البيانات على الشاشات ، مع إجازة أن تصاحبها ترجمة بالإنجليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى(١٢٤) .

ثالثاً – تحديد النطاق المكانى للإيجاب(١٢٥) :

لا تتقيد التجارة عبر الشبكات بحدود الدول ، فيمكن أن يظهر الإيجاب على الشبكة فى اليابان فى أقصى الشرق وفى بيرو فى أقصى الغرب ، ولذلك نلاحظ أن بعض العقود تنص صراحة على ما يمكن أن يسمى بنطاق التغطية lieu de couverture أى النطاق الذى يغطيه الإيجاب . ومن ذلك ما نص عليه عقد المركز التجارى Infonie من أن «العروض ليست صالحة إلا فى الإقليم الفرنسى» ، كما تنص شروط المركز التجارى Apple store على أن هذا المركز «يبيع المنتجات فى الولايات المتحدة وألاسكا وهاواى فقط» .

ويلاحظ أن الشرط الذى يحدد النطاق الجغرافى للتسليم يقوم بدور مماثل ، ولكن ينبغى على أى حال تمييزه عن الشرط الذى ذكرناه حالاً ، لأنه لا يتعلق بتحديد المنطقة الجغرافية التى يكون الإيجاب صالحاً فيها ، ولكن بمسألة لاحقة للانعقاد وهى كيفية تنفيذ العقد . ومن أمثلة ذلك ما ورد

بشروط المركز التجارى Surf and buy d'IBM Europe من أنه «يجوز للمتجر المشارك أن يقيد الأماكن التى يتم فيها التسليم من الناحية الجغرافية» ، ويبدو أن آثار هذا الشرط تقترب كثيراً من سابقه ، إذ أن العميل الذى لا يقع فى النطاق الجغرافى الذى يتاح فيه التسليم سوف يتردد كثيراً دون شك فى قبول العرض(١٢٦) .

وفى رأينا أنه لا يجوز تبسيط الأمر على هذا النحو ولو اقتربت آثار الشرطين من الناحية العملية ، ففى حالة الشرط الأول الذى يقيد صلاحية الإيجاب بنطاق جغرافى معين فإن العقد لن ينعقد أصلاً إذا قبل الإيجاب شخص يقع موطنه خارج هذا النطاق الجغرافى إذ لن يصادف القبول إيجاباً صالحاً ، أما على فرض قبول العميل للإيجاب رغم وجود الشرط الثانى الذى يقيد النطاق الجغرافى للتسليم فإن العقد ينعقد دون أن يكون البائع ملزماً بتسليم المشترى الشىء المبيع إلا فى الأماكن التى تعهد بالتسليم فيها .

وعلى أى حال ، فمن الواجب أن يولى الشرط الذى يحدد النطاق الذى يغطيه العرض قدراً كافياً من الأهمية ، فرغم أنه يضيق بالتأكيد من نطاق عمل التاجر من الناحية الاقتصادية إلا أنه قد يحقق له من الناحية القانونية نوعاً من الأمان إذ لن يلتزم بإبرام عقود فى نطاق جغرافى وقانونى لا يسيطر عليه(١٢٧) .

وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية فى فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التى يغطيها الإيجاب وكذلك المنطقة الجغرافية التى يغطيها التسليم ، كما ورد فى التعليق عليه فائدة أخرى لهذا التحديد الجغرافى وذلك لأن بعض القوانين الأجنبية قد تتضمن حالات يحظر فيها التعامل أو قيوداً أخرى وفقاً لتصورها الخاص بشأن حماية المستهلكين ، ولذلك ينصح التاجر الفرنسى أن يحدد مقدماً النطاق الجغرافى الذى يغطيه الإيجاب تجنباً لوقوعه فى هذه المشكلة .

الموضوع الثانى : القبول فى العقد الإلكترونى(١٢٨)

القبول بصفة عامة هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب فى إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب .

ويجب لكى ينتج القبول أثره فى انعقاد العقد أن يتطابق تماماً مع الإيجاب فى كل جوانبه وإلا فإن العقد لا ينعقد ، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجاباً جديداً وليس قبولاً(١٢٩) .

وقد أشار العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية فى بنده السابع بعنوان «قبول العرض» إلى أن موافقة المشترى يجب أن تتضمن تحديداً لبعض العناصر وهى الشىء أو الخدمة المتعاقد عليها والثمن وطريقة الوفاء وطريقة التسليم والطريقة التى تتم بها خدمة ما بعد البيع ، ومن الواضح أن الإشارة لهذه العناصر تستهدف ضمان اتفاق القبول مع الإيجاب فى العناصر الرئيسية للعقد والتى لا ينعقد دون الاتفاق عليها .

وسوف نتناول هذا أيضًا ما يمكن أن يثور من أوجه للخصوصية بشأن القبول فى العقد الإلكترونى .

أولاً – الطرق الخاصة للقبول فى العقد الإلكترنى(١٣٠) :

الأصل فى القواعد العامة أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولاً ، ولذلك فإن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة تتضمن إيجاباً وينص فيها على أنه إذا لم يرد على هذ العرض خلال مدة معينة اعتبر ذلك قبولاً ، يستطيع ألا يعير اهتماماً لمثل هذه الرسالة(١٣١) .

وعلى سبيل الاستثناء فقد نصت المادة ٩٨ من القانون المدنى المصرى على أنه : (١) إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى وغير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب . (٢) ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا اتمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه . ولا يختلف هذا النص كثيراً عما استقر عليه القضاء الفرنسى فى هذا الشأن(١٣٢) .

ولكن هذه الحالات الاستثنائية لابد أن تواجه بمنتهى الحذر فى خصوص القبول عبر الإنترنت ، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دوراً فعليًا فى التعاقد عبر الإنترنت حتى وقتنا هذا

وذلك نظراً لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد(١٣٣) ، أما عن تمحض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فهى حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أى التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب وهو فرض غير مألوف على الإنترنت(١٣٤) ، أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين فهى الحالة التى تصادفنا كثيراً فى التعاقد عبر الإنترنت ومثال ذلك اعتياد العميل على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية سواء بالبريد الإلكترونى أو عن طريق صفحات الوب Web ، وهنا يجوز القول بأن هذه الحالة تعد من الحالات النموذجية للتعامل السابق ، إلا أنه لا ينبغى إغفال حقيقة هامة وهى أن سهولة إرسال الإيجاب بواسطة البريد الإلكترونى فى الوقت الحالى قد يؤدى إلى فرض التعاقد على المستهلك الذى اعتاد التعامل مع متجر افتراضى عبر شبكة الإنترنت وذلك بمجرد إرسال التاجر مثلاً لرسالة إلكترونية تتضمن اعتبار عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة القبول ، ولذلك فإننا نرى أنه لا يجوز استنتاج قبول العميل من مجرد سكوته إذا كان هناك تعامل سابق ، وبمعنى آخر أن ظرف التعامل السابق لا يكفى فى التعاقد عبر الإنترنت لاعتبار هذه الحالة من حالات السكوت الملابس ، بل يجب أن يقترن بهذا السكوت وبهذا التعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد .

ومن اليسير القول بوجود الإرادة إذا تم التعبير عنها كتابة ، ولكن تثور الصعوبة عند غياب الدليل الكتابى(١٣٥) ، وهنا يثور التساؤل بصفة خاصة عما إذا كان مجرد ملامسة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة «القبول» أو الضغط عليها يعد كافياً للتعبير عن القبول ؟(١٣٦) ويبدو أنه لا يوجد ما يحول دون ذلك من الناحية القانونية ، ولكن المحاكم لن تقتنع بصحة هذا القبول بواسطة اللمس أو الضغط cliquage على أيقونة القبول إلا إذا كان حاسماً . ولذلك ينصح بأن تتضمن عبارات التعاقد رسالة قبول نهائى من أجل تجنب أخطاء اليد erreurs de manipulation أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر مثل : (هل تؤكد القبول) ؟ والإجابة على ذلك (بنعم) أو (لا)(١٣٧) ، أو بمعنى أوضح : بحيث يتم التعبير عن القبول بلمستين double clic وليس بلمسة واحدة تأكيداً لتصميم من وجه إليه الإيجاب على قبوله(١٣٨) .

كما أن هناك العديد من التقنيات التى تسمح بالتغلب على هذا الشك : ومن ذلك وجود وثيقة أمر بالشراء bon de commande يتعين على العميل أن يحررها على الشاشة وهو ما يؤكد سلوكه الإيجابى فى هذا الشأن ، أو تأكيد للأمر بالشراء confirmation de la commande يرتد إلى موقع البائع(١٣٩) ، ومن ذلك مثلاً ما ورد بالبند السابع من العقد النموذجى ا لفرنسى للتجارة الإلكترونية بشأن القبول من ضرورة وجود تأكيد للأمر بالشراء ، كما ورد بالتعليق على ذات البند

أن القبول وتأكيد الأمر بالشراء يجب أن يتحققا بمجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة ، بحيث تتضمن هذه الأوامر صراحة ارتباط المستهلك على وجه جازم .

ويبدو لنا من اشتراط تأكيد القبول من جانب المستهلك على النحو سالف الذكر أن التساؤل قد يثور حول القيمة القانونية لهذا التأكيد للقبول ، فإما أن القبول يكون قد تم قبله ، فلن تكون له قيمة قانونية ، وإما أن القبول لن يتم إلا بصدور التأكيد ، وهنا يعد هذا التأكيد هو القبـول بعينـه بحيث لا تبدو هناك حاجة لمعاملته كشيء آخر بجوار القبول ؟

وفى رأينا أن الإجابة على هذا التساؤل يجب أن تستخلص من خلال تفاصيل البرنامج المعلوماتى الذى يتم من خلاله التعاقد ، ولن يخرج هذا البرنامج عن فروض ثلاثة : **الأول** : إذا كان هـذا البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تم التأكيد بحيث لن يترتب على صدور القبول مجرداً عن التأكيد أى أثر وفى هذه الحالة نستطيع الجزم بأن القبول لا يتم إلا بصدور التأكيد . **والثانى** : وفيه يسمح البرنامج بانعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق وهنا لا مفر من القول بأن القبول قد صدر بمجرد لمس أيقونة القبول . **والثالث** : وهو فرض وسط بينهما وهو أن يتضمن البرنامج ضرورة التأكيد ولكنه لا يمنع من انعقاد العقد بدونه ، وهنا يمكن القول أن اللمسة هى قرينة على الانعقاد ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس ، بمعنى أنه يجوز للعميل أن يثبت أن هذه اللمسة قد صدرت منه عفواً على سبيل المثال ويستطيع هنا أن يتخذ من عدم صدور التأكيد منه دليلاً على أنه لم يقصد قبول التعاقد .

كما تطرح العديد من التساؤلات فى هذا الصدد والتى يعد بعضها صورة مثلى لخصوصية القبول فى العقد الإلكترونى ، ومنها مثلاً : هل يعد التحميل عن بعد **téléchargement** لأحد برامج الكمبيوتر طريقة معقولة للقبول بحيث يترتب على القيام به انعقاد العقد ؟[١٤٠]

ونشير أولاً إلى أن التحميل عن بعد – وهى الترجمة التى أخذنا بها لمصطلح **téléchargement** – يعنى نقل أحد البرامج أو بعض المعلومات إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل عن طريق شبكة الإنترنت بحيث يحصل العميل على هذا البرنامج أو هذه المعلومات دون حاجة إلى استعمال الوسيلة العادية لوضع البرامج على جهاز الكمبيوتر عن طريق القرص المرن أو اسطوانة الليزر[١٤١] ، ومن الواضح أن هذه الصورة تمثل الصورة المثلى لإبرام العقد (عقد بيع البرنامج أو المعلومات) وتنفيذه على الخط أو على الشبكة ذاتها دون لجوء للعالم الحقيقى خارج الشبكة .

وتتضح المسألة أكثر بالمثال العملى الخاص بشركة Oracle التى تمنح على موقعها على الشبكة فرصة للتجربة المجانية لأحد برامج الكمبيوتر وذلك لمدة تسعين يومًا ، مع تنبيه مستعمل الإنترنت أن هذه التجربة تخضع لشروط الترخيص التى لا تظهر للعميل إلا بعد تحميل هذا البرنامج والتى تتضمن شرطاً ينص على أن «تحميل البرنامج يعد قبولاً للشروط التالية: ......» وهنا يثور التساؤل : أليس من الممكن أن تكون هذه الشروط هى الأساس العقدى لهذه العملية والتى يتعين فى حالة المنازعة أن يكون مستعمل الإنترنت قد أحيط بها علماً قبل التحميل ؟[١٤٢]

ويقترب من ذلك أيضاً الحالة الخاصة بشركة Time Inc. New Media والتى تعتمد للقبول أيقونة accepter ، وتعرض هذه الشركة على مستعمل الإنترنت أن يتعاقد على الخط أى على الشبكة نفسها على أحد برامجها المسمى Pathfinder (والذى يتضمن بعض تطبيقات من النوع البحثى) . وتنبه على مستعمل الإنترنت أنه إذا ضغط على أيقونة accepter فإنه يعد قابلاً لشروط استعمال البرنامج المسمى Pathfinder ، ومن ضمن هذه الشروط نجد أن أحدها ينص على أنه يجوز للشركة أن تعدل هذه الشروط فى أى وقت وذلك بناء على مجرد إخطار notification يحدث أثره فوراً (مع ملاحظة أن هذا الإخطار يجوز أن يتم على ذات برنامج Pathfinder) ، وهنا يحق التساؤل أنه وعلى فرض الموافقة على اعتبار الضغط على أيقونة القبول accepter يعنى أن مستعمل الإنترنت قد عبر على نحو صحيح عن قبوله لشروط استعمال هذه الخدمة ، فهل يعنى ذلك أنه قد قبل أيضاً التعديلات اللاحقة لها والتى سوف تكون نافذة فى حقه ؟[١٤٣]

ولم يجب لنا من طرح التساؤل السابق حول مدى صحة القبول فى المثالين السابقين إيجاباً أو سلباً واكتفى بمجرد طرحه . وفى رأينا أن تساؤله لا يتعلق بمدى صلاحية الوسيلة التى طرحها فى كل من المثالين السابقين للتعبير عن القبول وذلك على النحو الذى صاغ به تساؤله ، ولكنه يتعلق بمشكلة أخرى ربطها هو بوسيلة التعبير عن القبول وهى مشكلة عدم العلم المسبق للعميل ببعض الشروط العقدية ، والتى لن تكون واضحة أمامه عند التعبيـــير عن قبوله فى المثالين السابقين ، وهى مشكلة أقل ما يقال بشأنها أنها قد قتلت بحثاً ، ويكون من طرح هذا التساؤل قد طرحها علينا من جديد بهذه المناسبة ، ومن هنا فإننا لا نتردد فى الموافقة على أن ما صدر من جانب العميل فى المثالين السابقين يصلح وسيلة قانونية للتعبير عن القبول إذ يتضح منهما إرادته الجازمة فى إبرام العقد ، أما مسألة عدم علمه المسبق ببعض الشروط العقدية فينبغى أن تواجه وفقًا لما استقر عليه الأمر بشأن هذه المشكلة بصفة عامة[١٤٤] .

ثانياً – مدى كفاية القبول لانعقاد العقد مع اشتراط التأكيد من جانب التاجر :

لم يكتف العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بصدور القبول من العميل ولكنه أوجب أيضاً من البند الثامن والتعليق عليه بعنوان: التأكيدمن جانب التاجر بواسطة البريد الإلكتروني(١٤٥) ، أن يتلقى المستهلك ، كتابة ، أو بأية وسيلة أخرى تكون تحت تصرفه ويمكنه الوصول إليها ، تأكيداً confirmation يتضمن مجموعة العناصر الرئيسية التي يتكون منها العقد(١٤٦) ، ويقترح إجراء هذا التأكيد بواسطة البريد الإلكتروني ، باعتبار أنه أفضل الوسائل التي تتوافق مع التجارة الإلكترونية .

ونلاحظ أن العقد النموذجي قد أوجب على التاجر أن يرسل هذا التأكيد عند تنفيذ العقد أو عند التسليم كحد أقصى ، ويحق لنا هنا أيضاً أن نتساءل عن القيمة القانونية لهذا التأكيد وعما إذا كان عنصراً جديداً يضاف إلى الإيجاب والقبول ؟

ويبدو أن العقد النموذجي ذاته قد حسم هذه المسألة وذلك عندما ورد بالتعليق على البند السابق أنه على التاجر أن يرسله عند تنفيذ العقد أو عند التسليم كحد أقصى ، وهو ما يفهم منه بوضوح أن العقد قد انعقد وأن هذا التأكيد يتم عند تنفيذ العقد وليس له شأن بانعقاده وهو ما يدفعنا للتساؤل حول قيمته طالما أنه لن يؤثر على الانعقاد ، ويبدو لنا أنه قد تكون له بعض الفائدة بشأن إثبات انعقاد العقد إذ لن يستطيع التاجر أن ينازع بعد إرساله لهذا التأكيد في هذا الشأن ، كما نص البند التاسع من هذا العقد النموذجي على جزاء خاص في حالة عدم قيام التاجر بهذا التأكيد وهو إطالة المدة المقررة لرجوع المستهلك في العقد إلى ثلاثة شهور بدلاً من سبعة أيام تحسب بالنسبة للسلع من يوم تسلم المستهلك لها وبالنسبة للخدمات من يوم انعقاد العقد ، فإذا سلم التأكيد خلال هذه الشهور الثلاثة ، احتسبت مدة الأيام السبعة من يوم تمام التأكيد المذكور .

ثالثاً – تحديد لحظة القبول(١٤٧) :

غني عن البيان أهمية تحديد لحظة القبول إذ هي نفسها لحظة انعقاد العقد والقاعدة العامة هي أن العقد ينعقد في اللحظة التي تتقابل فيها الإرادتان ، ومن الواضح أن هذا المبدأ قد يواجه بعض الصعوبات في تطبيقه في حالة التجارة الإلكترونية إذ لا يكون الطرفان حاضرين حضوراً مادياً في مكان واحد .

وسيراً وراء الفقه التقليدى فى تناوله لهذه المسألة فى التعاقد بين الغائبين أو بالمراسلة بصفة عامة ، فقد ذكر البعض أنه من المتصور أن نأخذ فى الاعتبار أربع لحظات عند محاولة تحديد زمان انعقاد العقد بواسطة الإنترنت(١٤٨) :

* لحظة إعلان القبول : وهى فى موضوعنا على سبيل المثال اللحظة التى يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول أو اللحظة التى يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول ، وسوف يواجه الأخذ بهذا الحل صعوبة بشأن الإثبات ، طالما لن يكون للقبول وجود إلا على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل ، ولذلك سيكون من الصعوبة بمكان أن يثبت الموجب أن القابل قد حرر الرسالة التى تتضمن القبول ولم يرسلها(١٤٩) .

* لحظة تصدير القبول : وهى فى موضوعنا على سبيل المثال اللحظة التى يضغط clique فيها القابل من أجل إرسال قبوله للموجب(١٥٠) ، ويبدو لنا وجود بعض اللبس فى طرح هذا الفقه للحظة تصدير القبول كإحدى اللحظات المقترحة لانعقاد العقد عبر الإنترنت ، وذلك لأنه لا يتصور تصدير القبول دون تسلمه فى تقنية الإنترنت ، فالتصور السابق يعنى أن هناك فارقًا زمنيًا بين تصدير القبول وتسلمه وهو ما يوضح تأثر الكاتب بالتصور التقليدى لما يمكن أن يحدث نتيجة لوجود فاصل زمنى محسوس بين تصدير القبول وتسلمه فى حالة البريد التقليدى مثلاً ، أما فيما يخص الإنترنت فإن الفارق الزمنى بين التصدير والتسلم لا يكاد يكون محسوساً ، والفرض الذى قد يطرح ليس هو وجود فارق زمنى بينهما ، ولكن المتصور هو عدم تسلم الرسالة الإلكترونية لسبب فنى مثلاً وفى هذه الحالة فإن المانع الفنى من التسلم يعنى أيضًا أن الإرسال لم يتم هو الآخر ، بمعنى أن الرسالة التى تتضمن القبول مازالت حبيسة جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل وبذلك فإننا نظل فى نطاق إعلان الإيجاب دون إرساله أو تصديره وليس فى نطاق تصديره دون تسلمه وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول – وبحق – أن كل ما يقال فى هذا الشأن فى القانون التقليدى عن وجود فاصل زمنى بين التصدير والوصول هو على وشك الاندثار لأنه لا يوجد على الإنترنت هذا التفاوت فى الزمن بين الإيجاب والقبول ، فالتصرفات الإلكترونية هى تصرفات عن بعد ولكنها فورية ومتعاصرة،(١٥١) .

* لحظة تسلم الموجب للقبول ، حتى ولو لم يعلم به ، ومثال ذلك لحظة دخول رسالة القبول فى صندوق البريد الإلكترونى على جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب .

* لحظة علم الموجب بالقبول : وذلك عندما يفتح الموجب صندوق خطاباته الإلكترونى ويطالع الرسالة التى تتضمن القبول(١٥٢) .

وليس من الصعب تبنى أى من هذه اللحظات على مستوى التشريع الوطنى ، وعلى سبيل المثال فقد نصت المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى على أن «ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به . ما لم يقم الدليل على عكس ذلك» ، إلا أن المشكلة التى تثور هنا هى أن التجارة الإلكترونية تباشر كثيراً على النطاق الدولى وهو ما سيؤدى إلى احتمال التداخل بين العديد من القوانين ، ولذلك فلا يمكننا أن نتوقع حلاً واحداً لهذه المشكلة التى اختلفت القوانين فى حلها[١٥٣] .

ولا يوجد سوى نص دولى واحد يطبق على هذه المسألة وهو اتفاقية فيينا فى ١١ أبريل ١٩٨٠ الخاصة بالبيع الدولى للبضائع ، والتى لا تنطبق إلا على عقود البيع ذات الصفة الدولية للأموال المنقولة ، وتتبنى هذه الاتفاقية نظرية التسلم ، بمعنى أن العقد ينعقد بتسلم الموجب للقبول ، وقد وقعت على هذه الاتفاقية ٤٥ دولة منها فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا ولم تنضم لها بريطانيا[١٥٤] ، ويترتب على ذلك أن عقود البيع الدولية التى تتم عبر الإنترنت تنعقد فى اللحظة التى يتسلم فيها الموجب القبول[١٥٥] ، أما العقود التى تتم على المستوى الوطنى فتخضع للقانون الوطنى ، وتبقى مشكلة العقود التى تتم على المستوى الدولى بين دولتين لم تنضم كلاهما أو إحداهما لهذه الاتفاقية .

الموضوع الثالث : التراضى على بعض العناصر الهامة فى العقد الإلكترونى

نصت المادة ٩٥ من القانون المدنى المصرى على أنه «إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقًا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة» ، فيجب أن تتطابق الإرادتان على جميع المسائل أو الشروط الجوهرية فى العقد وإلا فإنه لا ينعقد ، وهو ينعقد حتى ولو لم يتم الاتفاق على المسائل التفصيلية أو غير الجوهرية إذا احتفظ بها الأطراف ليتم الاتفاق عليها فيما بعد ، أما إذا اتفقوا على أن العقد لا ينعقد إلا بالاتفاق على هذه المسائل التفصيلية فإن العقد لا ينعقد إلا بالاتفاق عليها(١٥٦) ، وقد حرصت العقود المتداولة والتى استندنا لها بصفة رئيسية فى هذه الدراسة على اشتراط اتفاق المتعاقدين على بعض المسائل ، ومن هنا فإن هذه العقود تستدعى الفكرة السابقة وهو ما يوجب علينا أن نتناول ببعض الشرح المسائل التى لا ينعقد العقد الإلكترونى إلا بالاتفاق عليها سواء لأنها من المسائل الجوهرية أو لأن الأطراف قد اتفقوا على عدم انعقاد العقد إلا بالاتفاق عليها .

أولاً – الثمن(١٥٧) :

تحظى الشروط التى تنظم الاتفاق على الثمن باهتمام بالغ فى العقود محل الدراسة ، فتحرص العقود المتداولة على ضرورة النص على العملة التى يتم بها الوفاء بالثمن ، فنص عقد المركز التجارى **Infonie** على أن يحدد الثمن بدقة بالفرنك الفرنسى ، مع الإشارة إلى جواز الدفع بعملة أجنبية ، كما نصت المادة **1.1.8** من الشروط العامة للمركز التجارى **Surf and buy d'IBM Europe** على أنه يتعين على المتجر المشارك أن يحترم الشروط التالية وبصفة خاصة : «أن يحدد الأسعار بالعملة الفرنسية ، ويجوز أيضًا أن يحددها بعملة أجنبية فى حالة المنتجات التى سوف تصدر إلى بلد أجنبى أو تلك التى يكون منشؤها فى بلد أجنبى»(١٥٨) .

كما تحرص هذه العقود على الإشارة إلى ضرورة الالتزام بالأسعار المحددة وقت الطلب بحسب الأصل حتى ولو احتفظ التاجر برخصته المشروعة فى تغيير هذه الأسعار فيما بعد ، فينص دليل المركز التجارى **Paris Duty Free** على «أننا نحتفظ بالحق فى تعديل الأسعار فى أى وقت ، أما بالنسبة للطلبات التى قبلت فإننا نلتزم بالأسعار المحددة وقت الطلب»(١٥٩) .

أما عن طريقة الوفاء بالثمن فتحرص العقود فى الغالب على النص على أن يتم الوفاء على الخط أى على الشبكة نفسها بواسطة بطاقة مصرفية carte bancaire ، فينص عقد المركز التجارى Surf and buy d'IBM Europe تحت عنوان (الثمن وشروط الوفاء) على أن «يتم الوفاء ببطاقة مصرفية وعلى وجه الخصوص البطاقات التى تحمل علامات CB, Visa, Eurocard, Mastercard المقبولة فى فرنسا ، وكذلك البطاقات المماثلة المقبولة فى نطاق الشبكات الدولية ، أو بواسطة أية وسيلة أخرى للوفاء يقبلها المتجر المشارك»(١٦٠) .

ومن المألوف أن تقابلنا بعض الشروط التى تستهدف ضمان استيفاء التاجر للثمن ، ومن ذلك شرط الاحتفاظ بالملكية التقليدى حتى سداد كامل الثمن ، فينص عقد Infonie على أن : «تظل القطع مملوكة لنا طالما لم يتم الوفاء بكامل الثمن» كما تضمن عقد المركز التجارى Surf and buy d'IBM Europe فى شروطه العامة ذات الشرط على نحو أكثر تفصيلاً فنص على أن «يحتفظ المتجر المشارك بملكية المنتجات المبيعة حتى الوفاء الفعلى بكامل الثمن الرئيسى وملحقاته إن وجدت ، ويجوز للمتجر المشارك فى حالة عدم الوفاء كلياً أو جزئياً بأحد المستحقات أن يسترد دون إنذار مسبق المنتج وملحقاته ، مع احتفاظه على سبيل التعويض بكل المبالغ التى سبق أن أداها العميل وذلك دون إخلال بحقه فى التعويض الكامل عما أصابه من أضرار ، ويتحمل العميل كافة النتائج المرتبة على التلفيات أو الأضرار التى يحدثها المنتج أو تلك التى تصيبه أثناء وجوده فى حراسته . كما ينتقل عبء المخاطر إلى العميل بمجرد التسليم ، ومن هذا المنطلق فإنه يلتزم بأن يأخذ على عاتقه إبرام كافة التأمينات الضرورية للوفاء بالتعويض المستحق للمتجر المشارك فى مثل هذه الحالة ، كما يلتزم العميل بحفظ المنتجات التى حصل عليها من المتجر المشارك على استقلال وذلك لكى تكون معينة بذاتها بوضوح باعتبارها مملوكة للمتجر المشارك»(١٦١) .

وقد أجمل العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية معظم هذه المسائل فى بنده السادس بعنوان «التحديد التفصيلى لثمن المال أو الخدمة المعروضة» ، فأوجب تحديد عناصر الثمن تفصيلاً بالفرنك الفرنسى ، ونفقات التسليم والخصومات على الثمن (التخفيضات ...) إن وجدت ، ومدى إمكانية الوفاء بعملة أجنبية بناء على طلب المستهلك مع التنوية إلى أن التحويل إلى اليورو لا يؤثر على صحة العقد .

كما أشار العقد النموذجى فى بنده العاشر بعنوان «الوفاء» إلى جواز الوفاء بطرق ثلاثة : فإما أن يتم الوفاء فوراً ببطاقة مصرفية(١٦٢) ، وإما أن يتم الوفاء فوراً بواسطة حافظة نقد إلكترونية Par porte-monnaie électronique(١٦٣) ، وإما أن يؤجل الوفاء لحين التسليم .

ثانياً – التسليم[164] :

حرصت العقود المتداولة على تنظيم مسألة التسليم ، فينص البند ١٢ من عقد Infonie تحت عنوان (تسليم السلع) على أن «يتم تسليم السلع فى موطنك أو فى أى عنوان آخر تختاره فى الإقليم الفرنسى وتذكره فى طلبك ، ولن تتحمل بأية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكورة سالفاً» .

ومن المتصور أحياناً أن تحدث بعض الصعوبات البريدية والتى قد تسبب بعض التأخير فى التسليم الذى لا يتجاوز ما هو متوقع عادة . ولذلك حرصت الشروط الخاصة بأحد المراكز الأمريكية CD Now على النص على أنه : « يتوقف تسليم أغلب الطلبات التى يكون محلها ثلاثة قطع أو أقل على ظروف خدمة البريد فى الولايات المتحدة الأمريكية ، أما الطلبات التى تتضمن أربعة قطع أو أكثر أو التى تكون قيمتها مائة دولار أو أكثر ، فسوف نرسلها لكم بالبريد السريع . (ملع ملاحظة أنه قد يشترط التوقيع من أجل تسليم الطرود المرسلة بالبريد السريع، وأنه قد لا يسلم فى أيام العطلات) ، وقد نقدم لكم خدمة البريد السريع اختياراً إذا كانت متاحة لنا بمقابل زهيد وذلك بالنسبة للطلبات التى تتضمن ثلاثة قطع أو أقل»[165] .

وتضيف بعض العقود بعض الشروط التى تستهدف مواجهة بعض المشكلات المرتبطة بالتسليم مثل ذلك الذى ينص على أنه «إذا حدث وكانت السلعة تالفة عند تسليمها لك ، فعليك أن تسلم تحفظاً مكتوباً لمن سلمها لك ، وسنلتزم عندئذ بحل مشكلتك على أكمل وجه»[166] .

كما نص العقد النموذجى على ضرورة تحديد كيفية التسليم وما إذا كان سيتم عن طريق البريد مثلاً أو بواسطة وسيلة نقل أو على الخط أو الشبكة نفسها مثل برامج الكمبيوتر أو قواعد البيانات[167] .

كما ورد بالبند الحادى عشر من العقد النموذجى بعنوان «التسليم» ضرورة تحديد تاريخ التسليم ويقترح مثلاً أن يتم التسليم فى خلال ثلاثين يوماً ، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة . كما نص على أنه فى حالة عدم مماثلة المال المسلم أو الخدمة المؤداة لما ورد بالعرض ، يلتزم البائع باستدراك ذلك أو برد ما دفعه العميل .

كما نظم العقد النموذجى فى ذات البند مسألة متصلة بالتسليم وهى المسئولية عن التلفيات التى تحدث أثناء النقل فورد به أنه إذا اتفق على أن يتحمل البائع مخاطر النقل فإنه يلتزم بتعويض العميل ، أما إذا اتفق على أن يتحمل المشترى مخاطر النقل فعليه أن يرسل اعتراضاً مسبباً للناقل خلال ثلاثة أيام محسوبة من وقت التسليم ، ويتضح فى هذه الحالة الأخيرة أنه لن يكون أمام المشترى سوى الرجوع على الناقل .

ثالثاً – التنظيم التفصيلى لحق العميل فى الرجوع فى العقد من الناحية العملية(١٦٨) :

لقد سبق أن رأينا أن تقنين الاستهلاك فى فرنسا والتوجيه الأوروبى الصادر فى هذا الشأن ، يجيزان للعميل إرجاع المنتج فى العقود المبرمة عن بعد ، ولذلك تؤكد بعض العقود على القاعدة القانونية المقررة فى هذا الشأن ، وتضيف إليها أيضاً الإجراءات العملية اللازمة لمباشرتها ، وتبدو أيضاً فائدة التنظيم العقدى لهذه المسألة فى أنه قد يقدم صيغة للرجوع تختلف عن تلك المقررة قانوناً وذلك لمصلحة المستهلك ، مع التحفظ بأنه لا يجوز أن يؤدى هذا التنظيم العقدى إلى الانتقاص من الحقوق المقررة للمستهلك بمقتضى نصوص آمرة .

وهكذا ، فقد نصت المادة ٦ من الشروط العامة للمركز التجارى **Infonie** تحت عنوان (المدة المقررة لإعادة النظر ، من أجل رد الثمن أو الاستبدال) ، على أن «يكون لك وفقاً للمادة **L. 121-6** من تقنين الاستهلاك ، مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من وقت التسليم لإعادة القطعة لنا من أجل استبدالها أو استرداد الثمن ، وذلك دون أى مقابل باستثناء نفقات النقل .

وننصحك أن تعيد إرسال السلعة إلينا بالبريد الموصى عليه على العنوان التالى :

ويتعين عليك أن ترد لنا السلعة جديدة كما هى ، وفى عبوتها الأصلية فى حالة جيدة أيضاً ، وسوف نرد لك الثمن الذى دفعته فى مقابلها ، وعليك أن تتحمل نفقات إعادة التصدير إلا إذا كان هناك خطأ من جانبنا ، وننوه إلى أننا سوف نرفض الرسائل إذا كانت من النوع الذى يتحمل المرسل إليه نفقاتها .

ولا يجوز رد القطع التى تلفت أو اتسخت بسبب من قبل المشترى ، فإذا حدث وأعيدت إلينا مثل هذه القطع ، فسوف نحتفظ بها وتظل تحت تصرف المشترى الذى يظل ملتزماً بالوفاء بقيمتها .

ولا يجوز إرجاع شرائط الكاسيت المسموعة والمرئية المسجلة ، أو الاسطوانات أو برامج الكمبيوتر أو المنتجات الصحية أو أدوات التجميل إلا إذا ظلت مغلقة دون فتح(١٦٩) .

وعلى أى حال فإننا نحتفظ بحقنا فى رفض طلبات الشراء المستقبلة من طرفكم وذلك فى حالات الإرجاع غير المألوفة أو المشوبة بالتعسف» .

كما نص عقد **CD Now** على «أننا نضمن لك بصفة مطلقة رضاءك عن منتجاتنا وخدماتنا ، ولكن يجوز لك أن ترجع أية سلعة خلال ثلاثين يوماً من تسليمها لك مع استردادك لكامل الثمن

عدا تكاليف النقل ، مع ملاحظة أنه يحتمل ألا نقبل رد الصادرات اليابانية إذا فتحت وكذلك منتجات Tshirts ما لم تكن معيبة» ، ومن الواضح أن هذا العقد يقرر ميزة للمستهلك إذ يطيل مدة الرد إلى ثلاثين يوماً بدلاً من مدة الأيام السبعة التى نص عليها القانون .

أما الإرجاع فى حالة التسليم الخاطئ، فينظم بشروط خاصة نظراً لما ارتكبه البائع من خطأ ، فنص عقد Apple Store على أنه : «إذا حدث وتسلمت قطعًا غير تلك التى طلبتها ، فاتصل برقم الهاتف ...... وسوف يصلك إذن بإعادة المنتج مع رد الثمن مع التزامنا بنفقات النقل» .

كما نظم العقد النموذجى الفرنسى أيضًا أحكام الرجوع وذلك فى البند التاسع تحت عنوان «مدة الرجوع»(١٧٠) ، فنص على أن مدة الرجوع هى سبعة أيام من أيام العمل jours ouvrables تحسب بالنسبة للسلع من تاريخ تسلم المستهلك لها ، أما بالنسبة للخدمات فتحسب من يوم انعقاد العقد وذلك إذا كان المستهلك قد تسلم التأكيد من التاجر بما يتضمنه من معلومات بالبريد الإلكترونى .

وفى حالة عدم احترام التاجر لالتزامه بالتأكيد بالبريد الإلكترونى ، تمتد مدة الرجوع إلى ثلاثة شهور تحسب بالنسبة للسلع من يوم تسلم المستهلك لها وبالنسبة للخدمات من يوم انعقاد العقد، فإذا سلم التأكيد خلال هذه الشهور الثلاثة ، احتسبت مدة الأيام السبعة من يوم تمام التأكيد المذكور .

وإذا باشر المستهلك حقه فى الرجوع ، التزم التاجر بأن يرد له المبالغ التى دفعها دون أية نفقات إضافية ، وذلك خلال ثلاثين يوم كحد أقصى .

رابعًا - حق العميل فى الضمان(١٧١) :

تحرص العقود المتداولة على تأكيد حق العميل فى الضمان وأنه يتمتع بضمان اتفاقى إلى جانب الضمان القانونى المقرر وهو ما نصت عليه شروط المركز التجارى Infonie حيث ورد فى بندها العاشر بعنوان (الضمانات الاتفاقية) أن المستهلك «يتمتع بالضمانات التى ارتضاها صانع المنتجات وذلك وفقًا للشروط الأساسية لهذا الضمان والتى تذكر على الشبكة مصاحبة لوصف المنتجات» ، كما حرص البند الحادى عشر بعنوان (الضمان القانونى) على النص على أنه «لا يجوز للشروط الخاصة بالضمانات الاتفاقية أن تخفض أو أن تلغى الضمان المقرر قانوناً بشأن العيوب الخفية» .

كما نص العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية فى الفقرة الثامنة من البند الرابع على ضرورة تحديد ضمانات وخدمة ما بعد البيع ، كما كرر ذلك فى البند الثانى عشر بعنوان «الضمانات وخدمة ما بعد البيع» وذلك بالنص على ضرورة تحديد كيفية تقديم خدمة ما بعد البيع وذكر الضمانات التجارية القانونية والاتفاقية تحديداً .

خامساً – مدة العقد :

نصت الفقرة التاسعة من البند الرابع من العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية على ضرورة تحديد مدة العقد إذا كان موضوعه التزويد الدورى أو الدائم **la forniture durable ou périodique** بسلعة أو خدمة .

سادساً – حق العميل فى الإعلام(١٧٢) :

علاوة على حق المستهلك فى الإعلام الرئيسى المتعلق بالمنتجات المعروضة وثمنها ، فإننا نصادف فى عقود التجارة الإلكترونية شروطاً فى غاية التنوع هنا وهناك ، كالإعلام بقوانين «المعلوماتية والحريات» ، فيطالعنا فى الشروط العامة للمركز التجارى **Surf and buy d'IBM Europe** تحت عنوان **commandes** ، أنه «يكون للعميل وفقاً للقانون رقم ١٧ الصادر فى ٦ يناير ١٩٧٨ والخاص بالمعلوماتية والسجلات والحريات(١٧٣) ، الحق فى الاطلاع على البيانات الخاصة به والتحقق منها . ولا يجوز الاحتفاظ بالبيانات الخاصة ببطاقته المصرفية إلا للمدة اللازمة للتعامل مع الطلب . أما البيانات الخاصة بالتعريف به فيحتفظ بها مركز **Surf and buy** خلال مدة التعامل ولا يجوز نقلها إلى متجر مشارك آخر غير ذلك الذى تعامل معه العميل إلا بناء على طلبه» .

كما تحرص بعض العقود على إعلام العميل بشأن الأعباء الضريبية والجمارك التى يحتمل أن يتحملها وذلك بطريقة مفصلة جداً كما هو الحال فى بعض العقود الأمريكية ، بل قد تصل الرغبة فى إعلام المستهلك إلى حد مثير للدهشة مثل الحرص على الإعلام بشأن قانون الاستهلاك على موقع **Netachat** والذى يشير إلى بعض المواقع القانونية مثل الإدارة العامة للمنافسة والاستهلاك بوزارة الاقتصاد والمالية وموقع آخر لأحد ناشرى التقنيات .

ويرتبط بهذه المسألة ضرورة أن يحاط العميل علماً وأن يوافق على إفشاء البيانات الخاصة به فورد بالبند الثالث عشر من العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية أنه يجب تحديد ما إذا كان

المستهلك قد وافق صراحة أواعترض صراحة على استعمال بياناته الاسمية التى تم تلقيها بمناسبة هذا العقد كمؤشر على مدى عنصر الاتصال بالعملاء الخاص بالتاجر ، ويستهدف هذا النص كما هو واضح حماية أسرار المستهلك أو خصوصياته إذا أراد التاجر استعمالها كوسيلة للدعاية عن اتساع أعماله ، كما حرص العقد النموذجى على الإشارة إلى أنه يحق للمستهلك الاطلاع عليها والتحقق من صحتها فى أى وقت وذلك وفقًا للقانون رقم ١٧ لسنة ٧٨ الصادر فى ٦ ينـاير ١٩٧٨(١٧٤) ، وقد تصدى لهذه المسألة التوجيه الأوروبى رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٧ الصادر فى ١٥ ديسمبر ١٩٩٧ والخاص بمعاملة البيانات ذات الطابع الشخصى وحماية الحياة الخاصة فى قطاع الاتصالات(١٧٥) .

الفرع الثانى
صحة التراضى

غنى عن البيان أنه يشترط لصحة التراضى أن تكون الإرادة خالية من العيوب ، وأن تكون صادرة عن كامل الأهلية ، وفيما يخص عيوب الإرادة فلم نجد بشأنها فيما طالعنـــاه من مراجع ما يعد من أوجه الخصوصية فى التعاقد عبر الإنترنت(١٧٦) ، ويبدو أن الأمثلة التى يطرحها بعض الفقه لعيوب الإرادة فى العقد عبر الإنترنت ، لا تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة فى الغلط والتدليس فيضرب البعض مثالاً تقليدياً للغلط وهو أن يتبين للمشترى الذى أبرم العقد عبر الإنترنت عند تسليمه المبيع أنه ليس متفقاً مع ما توقعه أو أنه ليس صالحاً للاستعمال الذى اشتراه من أجله ، وهنا يستطيع المطالبة بإبطال العقد استناداً لنظرية الغلط ، كما يضرب مثالاً آخر للتدليس فى العقد المبرم عبر الإنترنت وهو حالة الإعلان المضلل بشكل ظاهر على الإنترنت أو الوعد بواسطة رسالة إلكترونية بميزات وهمية تماماً وذلك بغرض إقناع الطرف الآخر بإبرام العقد بشروط معينة(١٧٧) .

ويبدو لأول وهلة من الناحية العملية أن اعتبار العقد المبرم عبر الإنترنت من العقود التى تبرم عن بعد قد يقلل من الأهمية العملية لنظرية عيوب الإرادة فى هذا النطاق ، فسوف يسمح للمستهلك بإرجاع المنتج دون حاجة لإثبات وقوعه فى غلط أو تعرضه للتدليس خاصة وأن هذا الإثبات قد يكون صعباً بالنسبة للغلط بصفة خاصة ، ولكن يبقى لتمسك المستهلك بالإبطال استناداً لنظرية عيوب الإرادة فائدته من عدة نواح أهمها أنه لن يتحمل فى حالة الإبطال بسبب وقوعه فى الغلط أو تعرضه للتدليس مصروفات النقل والتى أرى أن البائع سيتحملها فى هذه الحالة أو على الأقل فى حالة التدليس ، كذلك فلن يستطيع البائع وبصفة خاصة فى حالة التدليس أن يتمسك بالشروط التى تحظر إرجاع السلعة أو تقيد ذلك الإرجاع بشروط معينة ، كذلك سيكون للمستهلك الرجوع على البائع بالتعويض فى حالة التدليس على أساس العمل غير المشروع ، كما أن المستهلك سوف يستفيد بالمدة المقررة لرفع دعوى الإبطال بسبب عيوب الإرادة وهى تتجاوز بكثير المدة المقررة لاستعمال الحق فى الرجوع فى العقد . ومن هنا نجد أن رخصة الرجوع المقررة للمستهلك فى العقود المبرمة عن بعد قد لا تحقق فى الكثير من الحالات الفوائد التى قد يحققها التمسك بالإبطال بسبب عيوب الإرادة .

أما عن الأهلية في التعاقد عبر الإنترنت فقد تثير بعض المشاكل[١٧٨] ، وأهمها أنه سيكون من الصعب على البائع عن بعد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة ، وهي مشكلة حقيقية تظهر دائمًا في العقود التي تبرم دون حضور مادي للأطراف كما هو الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية ، ويرى البعض هنا أنه ينبغي ترجيح مصلحة المهنيين وذلك تطبيقًا لنظرية الظاهر ، وعلى سبيل المثال إذا سرق قاصر البطاقة المصرفية الخاصة بأحد والديه واستعملها في التعاقد فيتعين حماية مصلحة التاجر وعدم السماح بإبطال العقد لنقص أهلية المتعاقد معه[١٧٩] ، فيجوز للبائع أو مقدم الخدمة أن يتمسك بأن القاصر قد توافر به مظهر صاحب البطاقة المصرفية ومن ثم مظهر الشخص الراشد ، وهو الحل الذي ندعو إلى تبنيه حماية لمصلحة التاجر من إهمال الراشدين في مراقبة القصر في هذا الشأن ، كما يستطيع من تعاقد من القاصر بحسن نية في الرجوع على هذا القاصر على أساس قواعد المسئولية التقصيرية وليس العقدية في القانون الأمريكي ، وهو ما يأخذ به القانون المصري أيضًا فقد نصت المادة ١١٩ من القانون المدني المصري على أنه «يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض ، إذا لجأ لطرق احتيالية ليخفي نقص أهليته» ومن ثم فإن من مصلحة الوالدين مراقبة استعمال أبنائهم للإنترنت وذلك بالحفاظ على كلمة السر الخاصة بهما والتي تستعمل للدخول على الشبكة[١٨٠] ، وكذلك بالمحافظة على بطاقاتهما المصرفية والرقم السري الخاص بها .

المبحث الثانى
محل العقد الإلكترونى(١٨١)

يشترط فى محل العقد بصفة عامة أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً وأن يكون موجوداً أو ممكناً ، ولا يبدو لنا وجود شىء من الخصوصية فى الشرط الأخير فيما يخص العقد الإلكترونى ولذلك فإننا سنقتصر على ما يتعلق بالشرطين الأول والثانى بشأن هذا العقد .

أولاً – أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين(١٨٢) :

حرصت العقود المتداولة على النص على هذا الشرط ، وقد أكد العقد النموذجي الفرنسى للتجارة الإلكترونية على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة(١٨٣) .

ويتم وصف المنتجات محل التعاقد عادة على الخط أى على الشبكة نفسها ، وغالباً ما يكون الوصف مصحوباً بصورة كما هو الحال فى الكتالوج الورقى التقليدى .

كما يلاحظ أن المشترى المحتمل يتلقى بعض الرسائل التى تتضمن تأكيداً لجودة المنتجات المعروضة عليه ، ويبدو أن هذه المسألة تتسم بطابع إعلانى أكثر من اعتبارها التزاماً قانونياً يقع على عاتق البائع ، ولكنها قد تتمتع بقيمة قانونية إذا نظر إليها باعتبارها التزاماً من التاجر بالجودة ، ومن ذلك ما ورد بدليل مشتروات المركز التجارى Paris Duty Free : «نظراً لحسن اختيارنا ، وللسمعة والشهرة الدولية لكل الماركات المعروضة على هذا الموقع ، فإن كل المعروضات تتمتع بجودة لا يشوبها عيب(١٨٤) ، ومصنوعة فى الغالب بطريقة تقليدية من أجل أن تحقق لك الجودة التى لا غنى عنها» .

وعلى الرغم من ذلك ، يلاحظ بصفة عامة أن العقود المتداولة تحرص على التأكيد على أنه من الممكن أن يحدث اختلاف بين وصف المنتج وبين ما هو عليه فى الواقع ، ومن ذلك ما ورد بدليل المشتروات السابق Paris Duty Free من أنه «يتم وصف وتقديم القطع التى نعرضها للبيع فى كتالوجاتنا بأكبر قدر من العناية والدقة ، ورغم ذلك فلسنا مسئولين عما قد يقع من غلط فى هذا الشأن» ، كما نصت الشروط العامة للمركز التجارى Infonie على «أننا نبذل قصارى جهدنا فى وصف وتقديم المعروضات بأكبر قدر من الدقة ، ومع ذلك فقد يضطر المورد إلى تعديل السلعة

تعديلاً طفيفاً وبصفة خاصة من أجل تحسين جودتها . ومن ناحيــة أخرى ، وعلى الرغــم من كل ما نتخذه من احتياطات ، فإذا حدث غلط فى هذا الشأن فلن نكون مسئولين عن ذلك ، فنرجو أن تقرأ بعناية أوصاف المعروضات إذ أننا نقدمها كما تصلنا من المورد»[185] ، ويجب أن نؤكد هنا أنه إذا كان بوسع البائع دائمًا أن يضع هذا الشرط الذى يعفيه من المسئولية فى هذه الحالة ، فإن هذا الشرط لا يسرى إذا ارتكب البائع غشًا أو خطأ جسيمًا وهو ما نصت عليه المادة ٢١٧(٢) من القانون المدنى المصرى ، وما استقرت عليه أحكام محكمة النقض الفرنسية[186] .

ويلاحظ أن القانون الأمريكى يتضمن فى هذا الصدد ما يسمى بالضمان الصريح **garantie exepresse** ومن صورة حالة التعاقد بناء على عينة مقدمة من البائع بحيث أنه إذا اعتبرت العينة بمثابة صورة لصفات المنتج النهائى ، فإن المشترى يتمتع بضمان المطابقة بين المنتج النهائى والعينة وهو ما نصت عليه المادة (٢-٣١٣ **lc**) من تقنين التجارة الأمريكى الموحد ، وهكذا يمكن القول أن وصف المنتجات على الشبكة يمكن أن يعد من قبيل الضمان الصريح إعمالاً للمادة (٢-٣١٣ **b**) من ذات التقنين وذلك إذا اعتمد المشترى على هذا الوصف بصفة رئيسية ، ومن هنا ، فإن أى إشارة يتم إبداؤها فى أى موقع تجارى على شبكة الإنترنت بشأن جودة المنتج أو ثمنه أو صفة جوهرية أخرى ، يمكن أن تعد من قبيل الضمان الصريح وذلك بقدر تأثيرها على إرادة المشترى[187] .

ويبدو لنا أنه من الجائز القول بأن القانون المدنى المصرى يأخذ بذات الحل السابق فى ظل أحكام البيع بالعينة التى نص عليها ، فقد نصت المادة ٤٢٠ (١) مدنى على أنه إذا «كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقًا لها» ، ورغم ما قد يثور من اعتراض بشأن اعتبار وصف المبيع على شبكة الإنترنت من قبيل البيع بالعينة باعتبار أن المشترى لم يتسلم عينة بالفعل ، إلا أنه يجوز الأخذ بهذا الحل ولو على سبيل التفسير الواسع لأحكام البيع بالعينة فى ظل الرأى القوى الذى يرى أن العينة ليست إلا طريقة من طرق تعيين المبيع[188] .

ثانيًا – أن يكون المحل مشروعًا[189] :

نصت المادة ١٣٥ من القانون المدنى المصرى على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفًا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً» ، فينبغى أن يكون محل العقد مشروعاً فلا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو لنص قانوني يمنع التعامل فيه ، والأصل أنه يجوز التعامل فى كافة الأشياء والخدمات ما لم يحظر القانون ذلك ، وهو المبدأ المسمى بمبدأ حرية التجارة[190] ، ويستثنى من ذلك بعض النصوص الخاصة التى تنص على بعض القيود على التجارة ومن ثم فإنها تطبق أيضاً على التجارة الإلكترونية .

إذن فحرية البيع والتعامل عبر الإنترنت هى القاعدة ، ويؤكد ذلك ما تنص عليه المادة ١٥٩٨ من التقنين المدنى الفرنسى من أنه : «يجوز أن يكون محلاً للبيع كل ما يدخل فى التعامل ما لم تحظر بعض القوانين الخاصة التصرف فيه»[١٩١] ، وكما أوضحت المادة سالفة الذكر، فإن القانون المصرى وكذلك الفرنسى يفرض بعض القيود على مبدأ الحرية سالف الذكر كاستثناءات عليه وذلك بهدف الحفاظ على النظام العام ، وحماية المستهلكين ، والمصلحة القومية[١٩٢] .

وتنص معظم القوانين على أن محل العقد يجب أن يكون مشروعاً وألا يخالف النظام العام أو الآداب ، وإلا كان العقد باطلاً وهو ما يأخذ به القانون المصرى والفرنسى وكذلك الأمريكى ، ومن الواضح أن بعض المواقع على الإنترنت تخالف هذا الشرط الذى يحرص القضاء على تطبيقه بدقة متناهية ، مثل المواقع التى تقدم صوراً خليعة أو يباشر عليها القمار[١٩٣] .

وعلاوة على ذلك ، توجد بعض النصوص الخاصة التى تقيد من بيع بعض الأموال أو الإعلان عنها ، ومن ذلك القيود التى يفرضها القانون المصرى على تجارة الأدوية وفقًا للمادة ٧٠ وما بعدها من القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٥٥ فى شأن مزاولة مهنة الصيدلة والتى تتمثل بصفة أساسية فى عدم تداولها إلا عن طريق الصيدليات المرخص لها بذلك ، كما تحظر المادة **L.589** من تقنين الصحة العامة الفرنسى على الصيادلة مباشرة تجارة أو توزيع الأدوية فى الموطن إلا بناء على طلب مباشرة يتلقونه من المشترى . كذلك فإن المادة **L.512** من ذات التقنين تخص الصيادلة دون غيرهم بتحضير وبيع عدد معين من المنتجات ، وهكذا يبدو أنه توجد بعض القيود القوية على التجارة الإلكترونية فى المنتجات الدوائية[١٩٤] . فيمكننا القول مثلاً أن عرض المنتجات الدوائية فى مواقع تجارية على شبكة الإنترنت بحيث يمكن للمستهلك شراءها بأمر يصدره من موطنه ، يدخل فى مدلول تجارة أو توزيع الأدوية فى الموطن وهو ما لا يجوز ، إذ أننا مهما حاولنا التوسع فى تحديد مفهوم الصيدلية المرخص بها قانوناً ، فلن نستطيع أن تشبه هذه المواقع بالصيدليات المرخص لها ببيع الأدوية .

ومن ذلك أيضاً أن الأصل فى القانون المصرى والفرنسى أنه لا يجوز بيع الأسلحة النارية إلا فى الحالات المحددة على سبيل الحصر[١٩٥] . وبعد الحصول على الترخيص اللازم لذلك ، وهو ما يثير مشكلة طالما أن العديد من المواقع على الإنترنت تعرض للبيع بعض الأسلحة النارية التى يتم التعامل فيها بحرية كاملة فى الولايات المتحدة الأمريكية مثلاِ وهو ما يخالف القانونين الفرنسى والمصرى فى هذا الشأن .

إلا أن الشك يثور بشأن فعالية مثل هذه القيود ذات الطابع الوطنى فى ظل الطابع العالمى للشبكة التى لا تخضع لأى نوع من الرقابة والدليل على ذلك هو حدوث عدد لا يستهان به من التجاوزات التى قد تزيد بطبيعة الحال فى المستقبل[١٩٦] .

خاتمة

لقد حاولنا في هذه الدراسة أن نتناول موضوعاً حديثاً للغاية وهو التعاقد عبر الإنترنت ، بمنهج تقليدى للغاية يماثل ما جرى عليه الفقه التقليدى فى تناوله لنظرية العقد بصفة عامة ولمختلف أنواع العقود ، ولم يكن دافعنا فى ذلك فقط ما يتمتع به هذا المنهج التقليدى من بنيان منطقى وقانونى قوى وسليم يجذب الباحثين فى شتى أنواع العقود إلى استخدامه ، ولكن أيضاً رغبتنا فى مقاومة الاتجاه الذى لاحظناه فى الكثير من المراجع الفرنسية التى تناولت هذا الموضوع من ميل إلى التحليل وبعد عن التأصيل ، وهدفنا فى ذلك واضح وهو محاولة إدخال هذا النوع من التعاقد تحت مظلة نظرية الالتزام دون إغفال لما يتمتع به من خصوصية تستند غالباً إلى تقنية فى غاية التقدم لم تكن موجودة على الإطلاق عند صياغة نظرية الالتزام العريقة .

هذا عن منهج الدراسة ، أما عن أهميتها العملية فقد لاحظنا أن المشكلة فى مصر لا تنحصر فقط فى محاولة حماية المتعاقد عبر الإنترنت بقدر ما هى القصور فى حماية المستهلك تجاه المهنيين بصفة عامة ، وعدم وجود تنظيم قانونى لحماية المستهلك فى حالة التعاقد عن بعد بصفة خاصة ، ولذلك فإن ما يطرحه التعاقد عبر الإنترنت فى مصر ليس فقط حماية المتعاقد عبر الإنترنت بل حماية المستهلك فى حالة التعاقد عن بعد ومن تطبيقاته التعاقد عبر الإنترنت ، مع البحث عن النظام القانونى الذى يمكن أن يطبق على التعاقد عبر الإنترنت فى ظل غياب التنظيم التشريعى وفى ظل تجربة عملية أقل ما يقال عنها أنها مازالت فى المهد ، ومن هنا كان علينا أن نسلك الطريق المألوف للفقه المصرى وهو بحث المشكلة فى الفقه الأجنبى وبصفة خاصة الفقه الفرنسى لنقف على أبعاد المسألة من خلال تطبيق أكثر عملاً وانتشاراً .

وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة تطبيق القواعد العامة فى نظرية العقد على ما يثيره إبرام العقد عبر الإنترنت أو ما يسمى بالعقد الإلكترونى أو عقد التجارة الإلكترونية من مشكلات ، كما حاولنا البحث عن القواعد الخاصة اللازمة لتكملتها إذا لم تكن كافية فى هذا الشأن ، وبصفة خاصة من أجل تحقيق حد معين من الطمأنينة لأطراف العقد المبرم عبر الإنترنت ، ومن أجل التوافق مع التقنية المتقدمة التى يتم هذا التعاقد من خلالها .

ونظراً لتعدد الموضوعات التى يمكن تناولها تحت عنوان التعاقد عبر الإنترنت بما لا يتسع له بحث واحد ، فقد قصرنا دراستنا هنا على مسألة انعقاد العقد عبر الإنترنت ، ولم يكن من الممكن أن نتناول هذا الموضوع دون أن نسبق ذلك بالضرورة بمحاولة لتعريف العقد الإلكترونى أو العقد المبرم عبر الإنترنت ، وبنظرة عملية تتناول الواقع العملى فى هذا الشأن .

وقد تناولنا من خلال هذه النظرة العملية العقود الإلكترونية المتداولة فى العمل ، وأهمها العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين ، وكذلك العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية التى أشرنا إليها خلال الدراسة .

ثم انتقلنا إلى تعريف العقد الإلكترونى ورأينا أنه يمكن تعريفه بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل . ولم نغفل الإشارة إلى أن هذا العقد يتم عن بعد ، وهو بذلك ينتمى لطائفة العقود عن بعد ، ومن ثم وجب أن يحترم القواعد الخاصة بها ، وبصفة خاصة تلك الخاصة بحماية المستهلك إذا انعقد العقد بين مهنى وبين طرف ثان لا يتعاقد فى نطاق نشاطه المهنى ، وذلك مراعاة للطبيعة الخاصة لهذه العقود ، التى تؤدى بالبداهة إلى اختلاف أحكامها عن العقود التى تبرم بين حاضرين ، ومن ذلك على سبيل المثال صعوبة التحقق من أهلية المتعاقد الآخر وصفته فى التعاقد ، وأن المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على السلعة التى يتعاقد عليها ، وذلك مهما بلغ وصف البائع لها من دقة وأمانة ، وهو ما يبرر بصفة خاصة التركيز على إعطاء المستهلك رخصة الرجوع فى العقد خلال مدة معينة تحسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذى تعاقد عليه .

وإكمالاً للتعريف بالعقد الإلكترونى فقد حاولنا بعد ذلك تمييزه عن بعض العقود بالنظر إلى الطريقة التى ينعقد بها ، مثل عقد البيع التقليدى والسعى لإبرام العقود فى الموطن وعن العقود التى تتم عن بعد مثل التعاقد عبر التليفزيون ، ورأينا أنه على الرغم من انتماء العقد المبرم عبر الإنترنت للعقود عن بعد ، فإنه يتمتع بسمة تميزه عن غيره من هذه العقود وهى صفة التفاعلية التى تسمح بنوع من الحضور الافتراضى المتعاصر بين المتعاقدين ، كما تسمح هذه الصفة بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فوراً على الشبكة مثل الحصول على معلومات أو برامج كمبيوتر ، كما تسمح من ناحية أخرى بالوفاء على الخط أو الشبكة . كما حاولنا تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن العقود المحيطة به فى البيئة الإلكترونية واللازمة لتحقيقه وأهمها عقد الدخول إلى الشبكة ، وعقد الإيجار المعلوماتى وعقد إنشاء المتجر الافتراضى .

وقد رأينا أن أوجه الخصوصية فى انعقاد العقد الإلكترونى تنحصر فى ركنى التراضى والمحل ، فبدأنا بالتراضى حيث تناولنا أوجــه الخصوصيــة بشأن الإيجاب فى هذا العقــد وأهمها أنه غالباً ما يكون عاماً غير موجه لأشخاص معينين وهو ما قد يثير بعض المشاكل للبائع وأهمها مدى يسار العميل الذى يكون مجهولاً عند صدور الإيجاب ، وكذلك مشكلة نفاد المخزون إذا قبل العرض عدد كبير من مستعملى الشبكة ، ولذلك يكون من الأفضل فى هاتين الحالتين لمصلحة التاجر أن يحتفظ بإمكانية الرجوع فيه بحيث لا يكون ملتزماً بموجب هذا العرض الذى كان سيكفى مجرد قبوله لانعقاد العقد لو لم يحتفظ بمكنة الرجوع فيه . كما رأينا أنه يتعين لمواجهة الطابع العالمى لشبكة الإنترنت أن تتحلى التشريعات الوطنية ببعض المرونة بشأن اشتراط التعبير عن الإيجاب باللغة الوطنية . ولا حظنا أيضـًا ما جرى عليه العمل فى العقود المتداولة من النص على تحديد نطاق جغرافى معين لصلاحية الإيجاب بحيث لا يعرض التاجر نفسه لمشقة تسليم المنتجات فى أماكن نائية ولكى لا يعرض نفسه للخضوع لأنظمة قانونية لم يألف التعامل فى ظلها .

أما عن القبول فى العقد الإلكترونى فقد تناولنا أهم الطرق الخاصة للقبول فيه ، فرأينا أنه ينبغى الحذر بشأن تطبيق الحالات الاستثنائية التى يعد فيها السكوت قبولاً بشأن القبول عبر الإنترنت ، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دوراً فعليًا فى التعاقد عبر الإنترنت حتى وقتنا هذا وذلك نظراً لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد ، أما عن تمحض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فهى حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أى التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب ، وهو فرض غير مألوف على الإنترنت ، أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين وهى الحالة التى تصادفنا كثيراً فى التعاقد عبر الإنترنت ومثال ذلك اعتياد العميل على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية ، فقد يؤدى تطبيقها فى ظل تقنية البريد الإلكترونى إلى فرض التعاقد على المستهلك الذى قد لا يكون راغبًا فى التعاقد فعلاً ولذلك فقد رأينا أن ظرف التعامل السابق لا يكفى فى التعاقد عبر الإنترنت لاعتبار هذه الحالة من حالات السكوت الملابس ، بل يجب أن يقترن بهذا السكوت وبهذا التعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد .

كما تساءلنا بشأن القبول أيضـًا عما إذا كانت مجرد ملامسة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة «القبول» أو الضغط عليها يعد كافياً للتعبير عن القبول ، إذ قد يحدث ذلك نتيجة لخطأ اليد ورأينا أنه ينصح بأن تتضمن عبارات التعاقد رسالة قبول نهائى بحيث يتم التعبير عن القبول بلمستين وليس بلمسة واحدة تأكيداً لتصميم من وجه إليه الإيجاب على قبوله . كما ناقشنا القيمة القانونية لما تتطلبه بعض العقود من تأكيد بالإضافة للقبول .

وتناولنا أيضًا مسألة ما إذا كان التحميل عن بعد لأحد برامج الكمبيوتر يعد طريقة معقولة للقبول بحيث يترتب على القيام به انعقاد العقد ، ورأينا أنه لا مانع من ذلك وأن ما يثيره البعض بشأنه يتعلق فى الحقيقة بمشكلة عدم علم العميل مسبقاً ببعض الشروط العقدية . كما ناقشنا مسألة مدى كفاية القبول لانعقاد العقد مع اشتراط التأكيد من جانب التاجر .

ثم تحدثنا أخيراً فى تحديد لحظة القبول ورأينا أنه لا محل للسير وراء الفقه التقليدى فى تناوله لهذه المسألة بشأن التعاقد بين الغائبين أو بالمراسلة بصفة عامة ، إذ أن الفارق الزمنى بين التصدير والتسلم لا يكاد يكون محسوسًا على شبكة الإنترنت ورأينا أن التصرفات الإلكترونية هى تصرفات فورية ومتعاصرة رغم أنها تتم عن بعد ، كما لاحظنا أن تفاوت الحل بين التشريعات الوطنية فى هذه المسألة قد يؤدى لبعض المشاكل فى ظل الطابع الدولى للشبكة .

ولم نغفل تناول بعض العناصر الهامة التى يتم التراضى عليها فى العقد الإلكترونى وهى الثمن والتسليم والتنظيم التفصيلى لحق العميل فى الرجوع فى العقد من الناحية العملية وحق العميل فى الضمان ومدة العقد وحق العميل فى الإعلام .

واختتمنا موضوع التراضى فى العقد الإلكترونى بالحديث فى صحة التراضى فى هذا العقد ، ورأينا أن نظرية عيوب الإرادة تحتفظ بأهميتها فى هذا الشأن رغم وجود الرخصة المقررة للمستهلك للرجوع فى العقد ، إذ تحقق له العديد من الفوائد التى لا يحققها له مجرد استخدامه لهذه الرخصة . أما عن الأهلية فى التعاقد عبر الإنترنت فرأينا أن أهم ما تثيره من مشاكل هو صعوبة تحقق البائع من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة ، وأيدنا ضرورة تبنى نظرية الظاهر فى هذا الشأن واعتبار العقد الذى أبرمه القاصر صحيحًا إذا ظهر على الشبكة بمظهر الشخص الراشد حماية لمصلحة التاجر من إهمال البعض فى رقابة القصر فى استعمالهم لشبكة الإنترنت .

أما بشأن محل العقد الإلكترونى فقد تناولنا شرط تعيين المحل أو قابليته للتعيين ، وذلك من خلال ما يحدث عملاً من وصف للمنتجات على الشبكة ، وما يحدث من النص فى العقود المتداولة على إعفاء البائع من المسئولية عما قد يحدث من تفاوت بين الوصف وحقيقة السلعة عند تسلمها وأكدنا أن هذا الشرط لا يسرى إذا ارتكب البائع غشا أو خطأ جسيمًا ، كما رأينا أنه يقع على البائع فى هذا الشأن التزام بالمطابقة وذلك أخذا بالحكم المقرر فى حالة البيع بالعينة . كما تناولنا أيضًا شرط مشروعية المحل ولاحظنا أنه قد يثور الشك بشأن فعالية القيود التى يفرضها القانون الوطنى فى هذا الشأن فى ظل الطابع العالمى للشبكة التى لا تخضع لرقابة فعالة من سلطة وطنية معينة .

ونعتقد أن ما ما توصلنا إليه من نتائج فى هذه الدراسة قد يصلح أساساً يعتمد عليه المشرع عند وضعه لنظام خاص بالتعاقد عبر الإنترنت وبالتعاقد عن بعد بصفة عامة .

هوامش

(١) MERIT NETWORK INC., IBM et NCI.

(٢) وهو ذات العام الذى بدأت فيه التطبيقات الأولى لاستخدام الشبكة فى الأغراض التجارية :

Thomas A. MARTEN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerc électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Organisé conjointement par l'institut de formation continue du Barreau de Paris (l'IFC), l'Ambassade des États-Unis et le centre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'industrie de Paris (le CRE DA), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 33.

(٣) راجع فى هذا التطور :

Olivior HANCE et Suzan DIONNE-BALZ : Business et droit d'Internet, 1997 p. 33.

وراجع تفصيلاً فى الفوائد العديدة التى تحققها شبكة الإنترنت فى العـديد من المجـالات : ذات المرجع ص ٤٤ وما بعدها ، ونخص بالذكر مجالات المعاملات التجارية ص ٤٤ ، والاتصالات الخارجية والداخلية ص ٤٧ ، والبحث عن المعلومات وتطويرها وتبادلها فى الصناعة ص ٤٨ ، وفى إدارة شئون الأفراد والتوظيف ص ٤٩ . وراجع أيضاً فى النشأة التاريخية لشبكة الإنترنت وفوائدها بصفة عامة :

Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND : Internet et la loi, *DALLOZ,* 1997 p.3 et s.

محمد فهمى طلبة ومصطفى رضا عبد الوهاب وجمال عبد المعطى وعلاء الدين محمد فهمى : الإنترنت ... طريق المعلومات السريع ، مجموعة كتب دلتا ١٩٩٦ ص ١٧ ، استيفين كاليهان : أنشىء أول صفحة ويب فى عطلة الأسبوع Create your first Web page in a week end ، ترجمة بالعربية ، دار الفاروق للنشر والتوزيع ١٩٩٩ ص ١٧ ؛ أحمد سامى ريحان وخالد العامرى : والإنترنت ... أسرار الإبداع والتربح من الشبكة للمبتدئين والمحترفين ، دار الفاروق ، الطبعة الثانية ١٩٩٩ ص ١٠ وما بعدها ؛ آلان سيمبسون : الإنترنت ... استعد ، انطلق Internet : To Go ، ترجمة عربية ، الدار العربية للعلوم ١٩٩٩ ص ١٣ وما بعدها ؛ محمد السعيد رشدى : الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات ، بحث منشور بمجموعة أبحاث المؤتمر العلمى الثانى لكلية الحقوق جامعة حلوان والمنعقد تحت عنوان : الإعلام والقانون فى ١٤ – ١٥ مارس ١٩٩٩ ص ١١ وما بعدها .

(٤) آلان سيمبسون ، السابق ص ٢٥ .

(٥) آلان سيمبسون ، السابق ص ١٦ ، ١٧ ، مع ملاحظة أن أجهزة الكمبيوتر الحديثة تشتمل غالباً على هذا الجهاز .

(٦) راجع فى هذه الخدمة تفصيلاً : آلان سيمبسون ، السابق من ٦٦ وما بعدها ، محمد فهمى طلبة وآخرين ، السابق ص ١٧٥ وما بعدها .

(٧) على سبيل المثال : محمد فهمى طلبة ، وآخرين ، السابق ص ١٧٥ .

(٨) راجع : آلان سيمبسون ، السابق ص ٦٧ .

(٩) راجع : آلان سيمبسون ، السابق ص ٦٨ .

(١٠) راجع فى هذه الخدمة تفصيلاً : آلان سيمبسون ، السابق ص ١٢٧ وما بعدها .

(١١) راجع : آلان سيمبسون ، السابق ص ١٢٩ .

(١٢) راجع فى هذه الخطوات تفصيلاً : آلان سيمبسون ، السابق ص ١٣٥ وما بعدها .

(١٣) التقرير السنوى الصادر عن l'UFB Locabail وذلك بعنوان :

l'équipement informatique des PME-PMI francaises

مذكور فى تقديم للعقد النموذجى للتجارة الإلكترونية والذى سنشير إليه لاحقاً والوارد نصه فى :

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, N° 41, 8 octobre 1998, p. 1579 et s.

وراجع أيضاً بعض الإحصاءات حول تطور الأهمية الاقتصادية للتجارة الإلكترونية :

Pierre REBOUL et Dominique XARDEL : Commerce électronique, Techniques et enjeux, *EYROLLES*, 1997, p.1. ; Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, Intemet et la loi, DALLOZ, 1997, p. 177.

وإن كان البعض يشكك فى الإحصاءات المطروحة فى هذا الشأن ويدعو إلى أخذها ببعض الحذر ، راجع :

Michel Vivant, Commerce électronique cherche droit, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p. 50.

(١٤) Michel FRANCK : Allocations d'ouverture, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De 'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Organisé conjointement par l'Institut de formation continue du Barreau de Paris (l'IFC), l'Ambassade des États-Unis et le contre de recherche sur le droit des affaires de la chambre de commerce et d'industrie de Paris (le CREDA), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p7.

(١٥) Robert PEARSON : Allocations d'ouverture, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'experience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.8.

(١٦) وقد استأثرت شركة واحدة هى شركة AOL (America on line) ، أكبر مقدمى خدمة الدخول على الإنترنت بإثنى عشر مليونا منهم ، راجع :

Joel REIDNBERG : L'expérience Américaine, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 10.

(١٧) وهو التعريف الذى ذكر للمركز التجارى الإلكترونى Surf and buy الذى افتتحه شركة IBM Europe فى ١٥ أكتوبر ١٩٩٧ . راجع :

Lionel COSTES : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p.66.

(١٨) راجع : Lionel COSTES ، السابق ص ٦٦ هامش ٨ .

(١٩) Lionel COSTES, op.cit.p.66, 67.

(٢٠) راجع فى حصر هذه المشكلات القانونية إجمالاً :
Bernard SAVONET : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce electronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 31 et s.

وراجع فى المبادرات التى بدأ اتخاذها فى الولايات المتحدة الأمريكية لمواجهتها :
Thomas A. MARTEN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais Dimanche 18 au Mardi 20 1998.

(٢١) راجع فى مناقشة هذه المشكلات ومحاولة مواجهتها على المستوى الدولى :
Jérôme HUET : Aspects juridiques du commerce électronique : Approche international, Les petites Affiches, 26 Septembre 1997, n° 116. p. 6 et s.

(٢٢) راجع تفصيلاً فى مشاكل الإثبات بشأن التجارة الإلكترونية :
Éric A. Caprioli, Preuve et signature dans le commrece électronique, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p. 57; Olivier Itéanu, HANCE et Dionne-Balz, op.cit P. 217; christiane Feralschuhl Tableronde: Enjeux et defisdu commerce electronique, Ga Zette du palais - Dima - nche 18 du Mardi 20 1998 P. 40 et s,. Les contrats du commerce eléctionique, Droit et patrimoine, n°55 décembre 1997, p. 54 et s. Hance et Dionne - Balz, op-cit p.217; christiane Feralschuhl: Tableronde: Enjeux et débis du commerce electronique, Gazettedu palais-Dimanche 18 du Mard; 20 1998 p.40 et s,' Lionel COSTES : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997, p. 65; Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996, p. 67 et s.; Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport realise sous la direction de : Pierre HUET, AFTEL, 1996 (Cinqieme partie : Le commerc électronique, par : Jérôme HUET) p. 234 et s.; Xavier LINANT de BELLEFONDS : La problématique Française, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998, p. 17.

وأهم هذه المشكلات بطبيعة الحال هو ما تتطلبه القواعد العامة من ضرورة الكتابة للإثبات بالنسبة للتصرفات التى تجاوز قيمة معينة ، ومدى حجية ما يسمى بالتوقيع الإلكترونى la signature électronique ، وقد عرف مشروع التوجيه الأوروبى بشأن التوقيع الإلكترونى هذا التوقيع بأنه «توقيع رقمى يرتبط حتما ببيانات يستعملها صاحب التوقيع وذلك تعبيراً عن قبوله لمحتوى هذه البيانات وبشرط أن تتحقق به الشروط التالية : (أ) أن يخص صاحبه وحده دون غيره (ب) أن يسمح بالتعرف على صاحبه (ج) أن يتم بوسائل تمكن صاحبه من الاحتفاظ به تحت سيطرته وحده دون غيره (د) أن يتم ربطه بالبيانات التى وقع به عليها بحيث يمكن اكتشاف أى تعديل لاحق لها» . كما أناط المشروع بأحد مقدمى خدمات المعلومات مهمة التحقق من نسبة التوقيع إلى صاحبه وتوافر الشروط السابقة به وذلك بأن يقدم شهادة رقمية معتمدة تتضمن نموذجاً للتوقيع يؤكد شخصيته وتوافر الشروط المذكورة به . راجع نص المشروع الذى أعد فى ٨ مـــايو ١٩٩٨ : Un projet de directive européenne sur la signature électronique, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p.11.

وقد صدر هذا التوجيه بالفعل فى ٣٠ نوفمبر ١٩٩٩ ، ولم تختلف صياغته النهائية كثيراً عما ورد بالمشروع السابق ، إلا أنه فريق بين نوعين من التوقيع الإلكترونى الأول هو التوقيع الإلكترونى بصفة عامة والثانى هو التوقيع الإلكترونى المتقدم avancée ، ولذلك فقد أورد تعريف التوقيع الإلكترونى السابق ذكره فى مادته الأولى وخصص مادته الثانية لتعريف التوقيع الإلكترونى المتقدم وهو الذى تتوافر به الشروط سالفة الذكر :

راجع تفصيلاً :
Yann BERBAN, Marion DEPADT et Alain BENSOUSSAN : L' Europe à l'heure de la signature electronique, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 17 et s.

وراجع فى التوقيع الإلكترونى بصفة عامة : محمد المرسى زهرة : مدى حجية التوقيع الإلكترونى فى الإثبات فى المسائل المدنية والتجارية ، بحث منشور ضمن مجموعة أبحاث مؤتمر «بالكمبيوتر والقانون» والذى نظمته كلية الحقوق بجامعة عين شمس فى الفترة من ٢٩ يناير إلى أول فبراير ١٩٩٤ ؛ وراجع مشكلة الإثبات بشأن التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة بصفة عامة : محمد حسام محمود لطفى : استخدام وسائل الاتصال الحديثة فى التفاوض على العقود وإبرامها ، ١٩٩٣ .

(٢٣) ويهون البعض من المخاوف التى تثور حول مشكلة الوفاء عبر الشبكة باستخدام البطاقات المصرفية ، ويرى أن المخاوف فى هذا الشأن قد ثارت فى فرنسا فقط دون الولايات المتحدة الأمريكية ، ويدلل على ذلك بأن إحدى المكتبات بها Amazon قد باعت أكثر من مليون نسخة من الكتب وذلك اعتماداً على أرقام البطاقات المصرفية للمشترين فقط : REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 2 ، بل أن البعض يهون من شأن هذه المسألة إلى حد القول بأن المخاطر التى يتعرض لها الوفاء عبر الإنترنت تقل عن تلك التى تحدث بمناسبة مختلف طرق التجارة والاستهلاك بصفة عامة . راجع :

Pierre BREESE : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 31.

وراجع أيضاً فى المشكلات التى يثيرها التعاقد عبر الإنترنت بشأن الوفاء :

Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulltin d'actualité, Lamy droit de l'informatique, N°97, Novembre 1997 p.2.et s.; HANCE et DIONNEBALZ, op. cit. p. 156 et s.; Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, op. cit. p. 193 et s.; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, *DALLOZ*, 1996, p. 155 et s.; Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, *HERMES*, 1996, p. 70 et s.; Jérôme HUET · Le droit du multmédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, *AFTEL*, 1996 (Cinqième partie : Le commerc électronique, par : Jérôme HUET) p. 237 et s.

(٢٤) ولا تقتصر مشكلات الملكية الفكرية التى تثور بمناسبة انتقال المعلومات عبر الإنترنت على المشكلة التقليدية الرئيسية التى تتضمنها أغلب منازعات الملكية الفكرية وهى حماية صاحب الفكرة المبتكرة بل أن العمل قد طرح مشكلات لا يتصور حدوثها إلا على شبكة الإنترنت ومن ذلك ما جرى عليه العمل من أن من يسبق فى تسمية موقع على الشبكة فإنه يكون صاحب الحق فى هذه التسمية وهى الفكرة التى يعبر عنها باللغة الفرنسية premier arrivé, premier servi وقد ثارت المشكلة عندما تبين أن تسمية الموقع تماثل الاسم التجارى لإحدى الشركات ، ولكن الاتجاه العام للمحاكم الأمريكية قد رجح مصلحة صاحب الاسم التجارى ، راجع تفصيلاً :

Joel REIDNBERG, op. cit. p. 11; Marie-Emmanuelle HAAS : Les meta-tags comme moyen de génerer du trafic sur Internet et la contrefaçon de marques, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p. 18 et s.

وهو ذات الاتجاه الذى سارت فيه المحاكم الفرنسية فى حكمين حديثين لها حيث قضت محكمة باريس الابتدائية بأن استخدام تسمية Galeries Lafayette الخاصة بسلسلة المحلات الفرنسية الشهيرة كتسمية لموقع لا يخصها على شبكة الإنترنت يعد من قبيل الاعتداء على اسم هذه الشركة التجارى المعروفة به فى كل أنحاء العالم وهو ما قضت به أيضاً محكمة Nanterre الابتدائية لمصلحة شركة Lancôme لمستحضرات التجميل ، بل أنه يلاحظ فى هذه الدعوى الأخيرة قد بالغت فى حماية الاسم التجارى للشركة إذ أن اسم الموقع على شبكة الإنترنت كان Lankome وليس Lancôme .

T.G.I Paris, 25 mai 1999 ; T.G.I Nanterre, ordonnance de référé, 16 septembre 1999 : Bertrand NOUEL, Olivier COUSI et Jean GASNAULT : Au fil du net, Actualités Juridiques des réseaux de communication, Gazette du Palais, Vendredi 7, Samedi 8 Janvier 2000 p. 10.

ولما كانت القاعدة المذكورة سالفاً – ورغم أن المحاكم الفرنسية والأمريكية لم تأخذ بها – قد نشأت نتيجة لا طراد العمل عليها فى نطاق الإنترنت فقد دفع ذلك البعض إلى التساؤل بصفة عامة عما إذا كان من الممكن أن تنشأ قواعد عرفية فى هذا المجال ؟ راجع تفصيلاً :

Anne COUSIN et Alain BENSOUSSAN : De la tradition et de la modernité, de la coutume sur Internet, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 13 et s.

(٢٥) ومن ذلك على سبيل المثال ما قضت به محكمة باريس الابتدائية فى حكم حديث لها من أن استعمال أحد الأشخاص لوسائل احتيالية لمعرفة كود الدخول إلى شبكة الإنترنت والخاص بشخص آخر واستخدامه فى الحصول على خدمة معينة من إحدى الشركات يعد مكوناً لجريمة النصب ، مخالفة فى ذلك بعض الأحكام السابقة بشأن خدمة الاتصالات المسماة Minitel ، راجع :

Cyril ROJINSKY : Note sous TGI Paris, 16 Décembre 1997, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p. 34 et s.

كما طرحت أيضاً مشكلة هامة بشأن الاختصاص النوعى للمحاكم بشأن دعاوى القذف والسب المرتكبة بواسطة الصحف ، وعما إذا كان ارتكاب هذه الأفعال عبر الإنترنت داخلاً فى هذا النطاق أم لا ، راجع :

Anne COUSIN, Myriam MANSEUR-RIVET et Alain BENSOUSSAN : Quelques mots sur les règles de compétence applicables à la diffamation sur l'Internet, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 21.

(٢٦) راجع تفصيلاً فى مشكلة القانون واجب التطبيق بشأن الإنترنت والعقود المبرمة عن طريقها :

Christiane FÉRAL-SCHUHL : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 39 et s.; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, *DALLOZ*, 1996, p. 157 et s.

ومن الملائم من أجل تحقيق استقرار التصرفات ، الاتفاق على تحديد القانون واجب التطبيق على العقد ، مع ملاحظة أن ذلك قد لا يكون كافيًا للاحتياط بشأن القوانين الأجنبية المتعلقة بالنظام العام وبصفة خاصة قوانين حماية المستهلك ، ومن الناحية العملية ، تحرص العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية وبصفة خاصة فى العقود الأمريكية على تنظيم هذه المسألة ومن ذلك عقد Apple Store الذى ينص أحد شروطه العامة على أن «تخضع كل عقود البيع التى يكون Apple Store طرفًا فيها لقانون كاليفورنيا» وتجنبًا للتعقيدات التى قد تنشأ عن طرح نظرية الإحالة فقد أضاف ذات العقد عبارة «دون أى أثر لنصوص التنازع الواردة به» ، كما نص أحد الشروط العامة للمركز التجارى Surf and buy d'IBM Europe على أن «يخضع هذا العقد للقانون الفرنسى» راجع تفصيلاً :

LAMY, Droit de l'informatique et des réseaux, 1998, n°2526 et s. p. 1484 et s., n°2549 p. 1492.

وننوه إلى أننا سوف نشير لاحقًا إلى الموسوعة سالفة الذكر باسم LAMY اختصاراً .

وقد ورد بالعقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية والذى سنشير إليه لاحقًا أن الأطراف قد اتفقوا على خضوع هذا العقد للقانون الفرنسى وللتنظيم الخاص بالبيع عن بعد (المواد L.121-16 à L. 121-20 من تقنين الاستهلاك) ،

والذى يتضمنه أيضًا التوجيه الأوروبى رقم ٩٧/٧ الصادر فى ٢٠ مايو ١٩٩٧ والخاص بحماية المستهلكين فى العقود عن بعد ، فالقانون الفرنسى الذى عينه العقد هو الذى يطبق من حيث المبدأ ، ولكن ذلك لا يستبعد أن يطبق القاضى الأجنبى – الذى قد يرفع المستهلك الذى ينتمى إلى بلد أجنبى الدعوى أمامه – قانونًا آمرًا يحقق له حماية أكثر . (راجع البند الثانى من العقد النموذجى بعنوان القانون واجب التطبيق والتعليق عليه) . مع ملاحظة أن اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولى للبضائع لا تتضمن أى نص خاص ينظم العقود المبرمة عن بعد بالطريق الإلكترونى أو يواجه الصعوبات الخاصة التى يمكن أن تعرض فى هذا الشأن . راجع :

Jérôme HUET : Aspects juridiques du commerce électronique : Approche international, Les petites Affiches, 26 Septembre 1997, n°116 p. 7.

وبطبيعة الحال فإن مشكلة القانون الواجب التطبيق قد طرحت بشكل خاص فى الولايات المتحدة الأمريكية ، أكثر الدول استعمالاً لشبكة الإنترنت ، وذلك فى شكل التنازع بين قوانين الولايات المختلفة ، راجع :

Joel REIDNBERG, op. cit. p. 12 .

(٢٧) راجع تفصيلاً فى المشكلات التى تثيرها التجارة عبر الإنترنت من الناحية الضريبية :

Jean-Pierre LE GALL : La dimension fiscale, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électroniquee et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 22.

(٢٨) راجع بعض هذه المشكلات الاقتصادية وبصفة خاصة بالنسبة للمشروعات :

Isabelle FLAQUE-PIERROTIN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 28.

وقد وصفت التجارة الإلكترونية بأنها بمثابة انقلاب bouleversement بالنسبة للمشروعات سيؤثر عليها من عدة نواح أهمها : (١) زيادة المنافسة وهو ما سيؤدى إلى انخفاض الأسعار (٢) انخفاض الدور الذى تلعبه منافذ التوزيع التقليدية بجوار هذا المنفذ الحديث (٣) ضرورة أن تعيد المشروعات تنظيم أوضاعها لكى تندمج فى هذا النسق المعلوماتى .

(٢٩) راجع فى المشكلات التى تثيرها التجارة عبر الإنترنت من الناحية القانونية إجمالاً :

Pierre CATALA : Exposé introductif, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution.(De l'expérience des États - Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 9.

وراجع أيضًا فى تناول هذه المشكلات من ناحية المشروعات Joel REIDNBERG ، السابق ص ١١ وما بعدها ، ومن ناحية المستهلكين ص ١٣ وما بعدها .

(٣٠) راجع فى هذه المسألة : LAMY, n°2543 p.1489, 1490 .

(٣١) REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 149, 170.

(٣٢) Michel Vivant, Commerce électronique cherche droit, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p. 50.

وإن كان يتحفظ على الإطلاق الوارد بعبارته السابقة بأن القانون لم يكن غائبًا أبدًا من الشبكات بل ولا يمكنه أن يغيب عنها . ويضيف البعض فى ذات السياق أن وجود القانون الذى ينظم الإنترنت هو أمر بديهى وذلك طالما أنه يوجد أفراد خلف الأدوات يجب أن يتفق سلوكهم عبر الشبكة مع القانون بل ومع الأخلاق بقدر المستطاع :

Olivier HANCE et Suzan DIONNE-BALZ : Business et droit d'Internet, 1997, p. 33.

وراجع فى ذات المسألة :

Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996 p.11.

ويبدو أن الأخير هو الأكثر تفاؤلاً فى هذا الشأن ، فينفى بشدة مشكلة الفراغ القانونى بشأن الإنترنت ، ويضرب بذات الموضع أمثلة للعديد من التشريعات التى يمكن أن تخضع لها فى فرنسا ، كما يضرب أمثلة للأجهزة الحكومية التى يمكن أن تتدخل بشأن الإنترنت وهى ذات الأجهزة المنوط بها تنفيذ هذه التشريعات . ذات المراجع ص ١٩ .

(٣٣) Joel REIDNBERG : L'expérience Américaine, Colloquo du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 10.

وينتقد الأخير الاتجاه السائد فى الولايات المتحدة الأمريكية وهو ترك المسألة فى هذا الشأن بصفة أساسية للتنظيم التلقائى autorégulation ، ويرى ضرورة تدخل الدولة بالقدر اللازم لوضع تنظيم يحقق الأمان والثقة للمستهلكين وللمشروعات على حد سواء . ذات المرجع ص ١٤ . ومن الملاحظات الطريفة التى لاحظناها فى هذا الشأن أن ظاهرة الازدواج فى السياسة الأمريكية أو الكيل بمكيالين – والتى نعانى منها الكثير – قد ألقت بظلالها على مسألة ضرورة التدخل التشريعى أو تدخل الدولة بصفة عامة فى تنظيم التجارة الإلكترونية فيقرر توماس أ. مارتن سكرتير سفارة الولايات المتحدة الأمريكية فى باريس والمختص بشئون الاتصالات أن «السياسة الأمريكية بشأن التجارة الإلكترونية تقوم على مبدأين ، الأول : أنه يتعين أن يكون زمام المبادرة بشأنها منعقداً للقطاع الخاص ولا يرجع هذا لاعتبارات أيديولوجية بل لاعتبارات عملية وذلك لأن تكنولوجيا الإنترنت والتجارة والإلكترونية تتطور بسرعة لا تستطيع الأجهزة الإدارية بطابعها البطىء أن تلاحقها ، والثانى : ضرورة الاعتراف بالحاجة إلى إطار تشريعى يكفل الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية فى النطاق الدولى ، ويتعين أن يكون تدخل الحكومات فى إعداد هذا الإطار القانونى موحداً ومتسماً بوضوح الهدف والشفافية» .

Thomas A. MARTEN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 34.

ويبدو بوضوح من خلال العبارة السابقة والواردة على لسان أحد المسئولين الأمريكيين التناقض الصارخ بين تضييق الدور الذى يجب أن تلعبه الدولة على الساحة الداخلية فى الولايات المتحدة الأمريكية وبين توسيعه على النطاق الدولى ، والهدف من ذلك واضح بطبيعة الحال وهو تقييد الاستفادة من التكنولوجيا الأمريكية فى النطاق الدولى سواء لأغراض سياسية عديدة أو لأغراض اقتصادية أهمها حماية مصلحة الشركات الأمريكية العاملة فى مجال تكنولوجيا المعلومات .

(٣٤) وقد ظهرت بوادر ذلك بوضع مشروع موحد بشأن التجارة الإلكترونية فى الولايات المتحدة الأمريكية ، كما أوصت اللجنة الأوروبية بأن يتم وضع النظام الخاص بهذه التجارة فى عام ٢٠٠٠ كحد أقصى . راجع فى هذا المعنى : Lionel Costes ، السابق ص ٦٧ . ونتحفظ هنا بأن اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولى للمنقولات تطبق على عقود البيع الدولية المبرمة عبر الإنترنت ، ومن أهم الآثار التى تترتب على ذلك هو تطبيق نص المادة ١١ من الاتفاقية والتى تنص على أنه «ليس محتماً أن يتم إبرام عقد البيع كتابة ، كما لا يشترط إبرامه فى شكل معين ويجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود» ، ولكن يلاحظ أن هذه الاتفاقية لن تطبق على العقود التى تبرم بين طرفين يتواجد أحدهما على الأقل بدولة لم توقع على الاتفاقية وهو ما يقلل من فعاليتها فى هذا الشأن إلى حد كبير . راجع : HANCE et DIONENE-BALZ, op. cit. p. 154, 155.

(٣٥) راجع فى هذا المعنى : Lionel Costes السابق ص ٦٧ .

(٣٦) وهو ما لاحظه بعض الفقه المصرى منذ فترة ليست بالقصيرة ، ورأى فى هذا الشأن «أن الوسائل الفنية لقانون الالتزامات (القانون المدنى المصرى) عادت لا تفى بالحماية الكافية للمستهلك ، مما عنت الحاجة إلى صدور نصوص خاصة تتصف بمرونة أكثر وبجزاء أشد من القواعد القانونية التقليدية» . السيد محمد السيد عمران : حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ١٩٨٦ ص ١٧٢ .

(٣٧) ويبدو أن هذا ما تشير إليه إحدى الدراسات المصرية على استحياء حيث ورد بها أن نمو التجارة الإلكترونية يتطلب «توافر بيئة قانونية مناسبة وتتسم بالبساطة ، لذا يجب أن تقوم الجهات المختصة بدراسة قانونية وضع العقود عن بعد موضع التنفيذ» . التقرير الصادر على لجنة التجارة الإلكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء بعنوان «مقترح المبادرة المصرية للتجارة الإلكترونية» ١٩٩٩ ص ٢٤ .

(٣٨) Lionel COSTES, Tansactions en ligne, paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Builtin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.2.

وراجع فى ذات المعنى :

Isabelle POITIER . Le commerce électronique sur Internet, Gazette du Palais 4 Avril 1996 p. 298.

بل أن البعض يشير إلى أن المكانة التى يحتلها التعاقد عن طريق خدمة Minitel فى فرنسا تعد بمثابة «الفرملة» التى لم تتمكن رغم وجودها من إيقاف التجارة عبر الإنترنت عن التوسع : Michel FRANCK, op. cit. p. 7. بل أن البعض يرى أن ظهور التجارة عبرخدمة Minitel فى فرنسا فى منتصف الثمانينات ، يعد بمثابة البداية للتجارة الإلكترونية :

Robert PEARSON : Allocations d'ouverture, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.8.

كما يشير البعض الآخر إلى أن بعض المشاكل التى تثور بمناسبة التجارة الإلكترونية قد سبق أن طرحت على نحو مقارب بالنسبة للتجارة عبر خدمة Minitel ، راجع :

Xavier LINANT de BELLEFONDS : op. cit. p.18.

وجدير بالذكر أن خدمة Minitel تتحقق عن طريق جهاز يحمل ذات الاسم وقد شاع استخدامه فى فرنسا على نحو واسع اعتباراً من النصف الثانى من الثمانينات ، وتتم هذه الخدمة عن طريق جهاز يشبه جهاز الكمبيوتر المنزلى ولكنه صغير الحجم نسبيًا ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة أزرار تشتمل على الحروف والأرقام مثل تلك الخاصة بالكمبيوتر ، وهو وسيلة اتصال مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصور أى أنه وسيلة اتصال بواسطة الكتابة ، ويكفى لاستعماله أن يوصل بخط التليفون ، وقد احتل مكانة هامة فى عالم الاتصالات والمعلومات كما استخدم كما سبق القول كوسيلة لإبرام العقود أيضاً . راجع : أسامة أبو الحسن مجاهد : استخدام الحاسب الآلى فى المجال القضائى بمحكمة باريس الابتدائية ، مجلة القضاة عدد يناير – يونيو ١٩٩٠ ص ٦١ وما بعدها .

(٣٩) Lionel Costes : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p.65.

مع ملاحظة أنه يطرح هذا التساؤل فى ظل القانون الأمريكى للعقود .

(٤٠) راجع : HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p.34 ، وراجع تفصيلاً فى هذه العقود ، ذات المرجع ص ٢٣٩ وما بعدها . كما أن إحدى الشركات العقارية الفرنسية وهى France Immobilier Network تعرض فى موقعها على شبكة الإنترنت إبرام العديد من العقود أهمها عقود الإيجار والبيع والمقاولات . راجع :

Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, DALLOZ, 1996, p.23.

(٤١) وينبغى هنا أن نزيل بعض الخلط الذى وقع فيه بعض الفقه الفرنسى بشأن اعتبار العقود المبرمة مع البائعين عبر الإنترنت من قبيل عقود الإذعان إذا كانت «الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر بحيث لا يكون أمام زائر الموقع ، المشترى المحتمل ، إلا أن يقبلها أو ألا يتعاقد مطلقًا» : HANCE et DIONNEBALZ, op. cit p.153 ، والحقيقة أن هذه السمة من سمات عقود الإذعان وإن كانت ضرورية لاعتبار العقد من عقود الإذعان إلا أنها ليست كافية لاعتباره كذلك ، إذ يتبقى شرطان آخران هما أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات وشرط الاحتكار ، فقد استقر الفقه على تعريف عقد الإذعان بأنه «العقد الذى يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها ، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية ، تكون محل احتكار قانونى أو فعلى أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها» ، راجع فى هذا التعريف: عبد المنعم فرج الصدة : عقود الإذعان فى القانون المصرى ، رسالة ، القاهرة ١٩٤٦ ص ٧٧ ؛ وراجع فى عقود الإذعان تفصيلاً : ذات الرسالة ، ولذات الفقيه أيضًا مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ١٩٩٢ ص ١١٩ وما بعدها ؛ عبد الرازق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، العقد ١٩٨١ ص ٢٩٣ وما بعدها ؛ محمد كامل مرسى : العقود المسماة ، الجــزء الأول ١٩٥٢ ص ٢٦ وما بعدها ؛ وليم سليمان قلادة : التعبير عن الإرادة فى القانون المدنى المصرى ١٩٥٥ ص ٣٥٥ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، الطبعة الثالثة ١٩٧٨ ص ٨٩ وما بعدها ، ص ٣١٢ ، ص ٣١٩ عبد الودود يحيى : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ١٩٨٢ ص ٤١ وما بعــدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المنفردة ١٩٨٤ ص ٢٠٤ وما بعدها ؛ جلال عبد العدوى: الموجز فى مصادر الالتزام، منشأة المعارف ١٩٩٥ ص ٥٥ وما بعدها ؛ مصطفى محمد الجمال : القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ١٩٩٦ ص ٩٥ وما بعدها ؛ محمد لبيب شنب : الوجيز فى مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ١٩٩٩ ص ٤٧ وما بعدها ، حمدى عبد الرحمن : الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية ١٩٩٩ ص ١٢٤ وما بعدها ؛ حسام الدين كامل الأهوانى : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، المصــادر الإراديــة للالتزام ، الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص ١٥٥ وما بعدها .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD : Droit civil, Tome II 1er Volume, Les obligations, SIREY, 1962 p. 100 et s. ; Jean-Louis BAUDOUIN : Traité élémentaire de droit civil, Les obligations, P.U.M., 1970 p.64 et s.; Christian LARROMET : Droit civil, Les obligations, 1ère Partie Tome III, *ECONOMICA*, 1986 P. 234 et S.; Jean CARBONNIER : Droit civil, 4, Les obligations, P.U.D.F., 16e éd. 1992 p. 79 et s.; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS : Cours de droit civil, Les obligations, *Cujas*, 1992 p. 180; Alain BÉNABENT : Droit civil, Les obligations, 5e éd. 1995 p. 17; Rémy Cabrillac : Droit des obligations, *DALLOZ*, 2e édition 1996 p. 28; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER : Droit des obligations, LITEC, 1997 p. 15; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT : Les obligations, I, L'acte juridique, *Armand Colin*, Huitième édition 1998 p. 114.

(٤٢) راجع تفصيلاً نص هذا العقد فى :

La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, N° 41-8 octobre 1998, p. 1579 et s.

(٤٣) بمعناه الواسع فى الوقت الحالى والذى يشمل ما يصدر عن المشرع الوطنى وأيضًا عن المشرع الأوروبى بعد اتخاذ الإجراءات المقررة فى هذا الشأن .

(٤٤) راجع تقديم العقد النموذجى سالف الذكر بذات الموضع .

(٤٥) فنشاط التجارة الإلكترونية يدخل فى نطاق معالجة البيانات إلكترونياً ، من ثم فينبغى أن يخضع لنصوص التشريع الفرنسى الصادر فى ٦ يناير ١٩٧٨ والخاص بالمعلوماتية والحريات ، كذلك فإن تقديم العروض من خلال الشبكات يمكن أن يعتبر من قبيل خدمات الاتصالات المرئية المسموعة service de communication audiovisuelle بالمعنى المقصود فى القانون الصادر فى هذا الشأن فى ٣٠ سبتمبر ١٩٨٦ ، ولذلك فقد يكون من الأحوط أن يخطر التاجر النائب العام مسبقاً قبل افتتاح موقعه على الشبكة . راجع تقديم العقد النموذجى بالموضع سالف الذكر . وأيضًا : REBOUL et XARDEL op. cit. p. 171 ، كما ورد بالتعليق على البند ١٣ من العقد النموذجى أنه يجب بصفة عامة إخطار اللجنة الوطنية للمعلوماتية والحريات Commission ntionale de l'informatique et des Libertés CNIL بكل معالجة لبيانات اسمية وذلك وفقاً لقانون المعلوماتية والحريات ، ويستنتج من ذلك أن كل عملية تجارة إلكترونية تقتضى مثل هذا الإعلان . راجع أيضًا : REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 174 ، ويتحفظ البعض بشأن إخطار النائب العام عند افتتاح الموقع على شبكة الإنترنت إذ يرى أن ذلك يقتصر على الحالة التى يدخل فيها ما يظهر على الموقع من معلومات فى نطاق النشر الإعلامى (مثل المواد الصحفية وبرامج الراديو والتليفزيون) ، أما بشأن تنظيم التجارة الإلكترونية بمعناها الدقيق فإن الأمر يدخل فى نطاق التنظيم الخاص بحرية التجارة وليس فى نطاق التنظيم الخاص بحرية الاتصالات . راجع :

Alain BENSOUSSAN : La problématique Française : Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 19.

(٤٦) وننوه إلى أننا سنشير إلى العقد المذكور بعبارة العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية دون تكرار الإشارة إلى موضعه السابق الإشارة إليه بالأسبوع القانونى .

(٤٧) راجع تفصيلاً : LAMY, n°2547 p.1491 .

(٤٨) وقد حرص العقد النموذجى للتجارة الإلكترونية المشار إليه على النص فى ديباجته على إجازة أن تكمل هذه الشروط العامة للبيع بشروط خاصة ينص عليها فى العقد الإلكترونى قبل التعاقد مع المستهلك .

(٤٩) وقد كرر العقد النموذجى الفرنسى ذات الحكم فى البند الثالث منه بعنوان : التعريف بالموجب : Identification de l'auteur de l'offre ، حيث ورد به وجوب ذكر اسم التاجر أو الشركة وعنوان مقر الشركة أو المؤسسة المسئولة عن العرض ، والعنوان الإلكترونى (e-mail) أى عنوان البريد الإلكترونى ورقم الهاتف والفاكس .

(٥٠) راجع فى هذه الشروط العامة :

LAMY n°2547 p.1491 ; Lionel COSTES : Transactions en ligne, paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulltin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p. 5 et s.

(٥١) راجع تفصيلاً :

Guillaume BEAURE D'AUGÉRES, Pierre BREESE et Stéphanie THUILER, Paiment numériqe sur internet, État de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, THOMSON PUBLISHING, 1997, p.75 et s.

(٥٢) راجع فى هذا المعنى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER, op. cit. p.75.

وقارن :

Isabelle POITIER : Le commerce électronique sur internet, Gazette du Palais, 4 Avril 1996 p. 298.

حيث تعطى للتجارة الإلكترونية معنى واسعًا يرتبط باستخدام جميع وسائل الاتصال عن بعد ولا يقتصر على القيام بالتجارة عبر شبكة الإنترنت .

«Le commerce électronique, c'est l'utilisation conjointe et combinée de tous les vecteurs, de tous les supports mis à disposition par les télécommunications en vue de developpor le commerce de l'intreprise, aux niveaux nationl ot intomational».

(٥٣) وقد استخلص البعض هذا التعريف من وثيقتين الأولى هى الوثيقة الرسمية الصادرة فى ٢٢ فبرائر ١٩٩٣ بعنوان «تكنولوجيا النمو الاقتصادى الأمريكى – اتجاه جديد فى بناء القوة الاقتصادية» والتى أعدها نائب الرئيس الأمريكى آل جور واعتمدها رئيس الولايات المتحدة الأمريكية والتى أشارت إلى الدور الأساسى الذى تحتله شبكات المعلومات فى مستقبل التجارة والمجتمع فى أمريكا ، والثانية أعدها فريق العمل الفيدرالى المختص بالتجارة الإلكترونية فى ٢٩ أبريل ١٩٩٤ بعنوان : Streamlining Procurement Through Electronic Commerce والخاصة باستخدام شبكات المعلومات فى التجارة الإلكترونية . راجع :

Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, op. cit. p. 178.

(٥٤) راجع التقرير الصادر عن لجنة التجارة الإلكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء بعنوان : مقترح المبادرة المصرية للتجارة الإلكترونية ١٩٩٩ ص ١٠ . كما يعرفها البعض بأنها عملية البيع والشراء عبر الشبكات الإلكترونية على المستويين السلعى والخدمى بجانب المعلومات وبرامج الكمبيوتر وأنشطة أخرى تساعد على الممارسات التجارية . مصطفى سعيد أحمد : التجارة الإلكترونية فى القرن القادم ، المؤتمر السابع للاقتصاديين الزراعيين (التكنولوجيا والزراعة المصرية فى القرن الواحد والعشرين) ، والمنعقد بالقاهرة فى ٢٨ ، ٢٩ يوليو ١٩٩٩ ص ٢ .

(٥٥) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 75 et s.

(٥٦) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 76.

(٥٧) «On entend par télécommunication toute transmission, émission ou réception de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignement de toute nature, par fil optique, radioélectricité, ou autres systèmes électromagnétiques».

(٥٨) «On entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d' images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privé».

(٥٩) ويمكن تعريف التفاعل بأنه : إمكانية التبادل بين مستعمل نظام المعلومات والآلة ، بواسطة نهاية طرفية متصلة بشاشة للرؤية .

Interactivité : faculté d'échange ontre l'utilisateur d'un système informatique ot la machine, par l'intermédiaire d'un terminal doté d'un écran de visualisation. BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 76.

(٦٠) «Une convention par laquelle une offre et une acceptation se rencontrent sur un réseau de télécommunication international ouvert selon un mode audiovisuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant». BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 76.

(٦١) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 76.

(٦٢) وقد قدر البعض حجم التجارة التى تمت عن بعد مع المستهلكين فى فرنسا عام ١٩٩٧ بخمسين مليار من الفرنكات ، وبين المشروعات بخمسة عشر مليار ومثلهم بالنسبة للمعاملات الخارجية . راجع :

Bernard SIOUFFI : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 36.

(٦٣) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 79.

وراجع فى ذات المعنى :

Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulltin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.2; REBOUL et XARDEL, op. cit. p.170 et s.; Isabelle POITIER : Le commerce électronique sur Internet, Gazette du Palais 4 Avril 1996 p. 299; Alain BENSOUSSAN : La problématique Française : Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.20; Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996 p.11.; Olivier Itéanu, Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, n°55 - décembre 1997, p.55.

فيقرر الأخير أن العقد الإلكترونى هو عقد يبرم عن بعد ، ومن ثم فإن التنظيم الخاص بهذا النوع من العقود يكون واجب التطبيق إذن ، ولكنه لا يرى ، على العكس ، فى إطار مواقع Web التقليدية مجالاً متاحًا للنصوص الخاصة بالسعى لإبرام العقود démarchage ، إذ أن مستعمل الإنترنت هو الذى يبادر بالدخول إلى موقع التاجر بتصرف إيجابى من جانبه على صفحات التاجر ، ومن ثم فإن هذه العلاقة تفلت من المادة L.121-21 وما يليها من تقنين الاستهلاك والتى تنظم السعى لإبرام العقود . وراجع فى ذات المعنى :

Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, *AFTEL*, 1996 (Cinqième partie : Le commerc électronique, par : Jérôme HUET) p. 234.

وعلى العكس فإن النصوص الخاصة بالبيع عن بعد (المادة L.121-16 وما بعدها من تقنين الاستهلاك) تنطبق دون شك على التجارة الإلكترونية . وقد حرص العقد النموذجى للتجارة الإلكترونية فى بنده الأول بعنوان Objet على النص على أن هذا العقد قد انعقد فى إطار نظام البيع أو تقديم الخدمات عن بعد :

dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance.

وقد أكد التعليق على هذا النص هذا المعنى حيث ورد به أنه يقصد بالتاجر هنا ذلك الذى يستخدم واحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد فى خطوات البيع المختلفة وحتى انعقاد العقد .

(٦٤) راجع تفصيلاً فيما يمكن أن يثيره التعاقد عن بعد من مشكلات :

Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, op. cit. p.178.

(٦٥) ونتحفظ بشدة بشأن هذه النقطة وهو ما سنشير إليه لاحقاً .

(٦٦) راجع فى هذا المعنى :

Jérôme HUET, Taité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux, L.G.D.J, 1996, n°11587 p.452.

وقد أوجزت إحدى الدراسات المصرية هذا المعنى فورد بها أن التجارة الإلكترونية تعتمد على البيع عن بعد حيث تتعاقد الأطراف المعنية دون أن تلتقى فعلياً فى مكان واحد ، مما قد يؤدى إلى وجود بعض المخاطر بالنسبة إلى مشترى السلعة التجارية أو متلقى الخدمات . تقرير لجنة التجارة الإلكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار السابق الإشارة إليه ص ٢٤ .

(٦٧) وبصفة خاصة مسألة التنازع بين القوانين : راجع :

Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, op. cit. p.178.

(٦٨) La directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance (Dir.n° 97/7/CE, 20 mai 1997, JOCE, 4 juin 1997, n°2144, p.19).

راجع نص هذه المادة تفصيلاً : LAMY, n°2540 p. 1488, 1489 ، وإضافة إلى تنظيمه لحق الرجوع ، فقد وضع هذا التوجيه أيضاً بعض الأحكام المفصلة بشأن التزام المورد بالإعلام المسبق للمستهلك ببعض المعلومات الأساسية بشأن العقد . راجع تفصيلاً فى شرح هذا التوجيه الأوروبى :

Jean GATSI : La protection des consommateurs en matière de contrats à distance dans la directive du 20 mai 1997, Dalloz Affaires n°42/1997, p.1378 et s.

(٦٩) راجع تفصيلاً :

LAMY, n°2540 p.1488, 1489 ; Alain BENSOUSSAN : La problématique Française: Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.20.

كما يفرض التوجيه الأوروبى سالف الذكر فى مادته السابعة بعض القواعد بشأن تنفيذ هذه العقود عن بعد ، راجع نص هذه المادة تفصيلاً : LAMY n°2541 p.1489 . أما بشأن الشروط الخاصة فى حالة السعى لإبرام العقود فى الموطن فيرى البعض أن العقود التى تبرم بواسطة الشبكات والإنترنت لا تدخل فى نطاق السعى لإبرام العقود فى الموطن ، ولكنه يتحفظ بأنه إذا لم يكتب لهذا الرأى أن يسود ، فإنه من الملائم الإشارة إلى أن تقنين الاستهلاك يفرض على من يباشر السعى لإبرام العقود بعض الالتزامات المحددة ، وبصفة خاصة تلك التى تتضمنها المادتان L.121-24 , L.121-23 من تقنين الاستهلاك . فتوجب المادة L.121-23 أن يتم التعاقد بموجب عقد تسليم منه نسخة للعميل عند انعقاده ، ويجب أن يتضمن هذا العقد بعض البيانات الإلزامية التى يتعلق معظمها بإعلام المستهلك وإلا كان باطلاً ، كما توجب المادة L.121-21 أن يشتمل العقد على استمارة قابلة للفصل تخصص لتسهيل ممارسة رخصة الرجوع بالشروط المنصوص عليها فى المادة L.121-25 ، على أن تحدد البيانات التى يجب أن تتضمنها هذه الاستمارة بمرسوم يصدر من مجلس الدولة ، كما توجب أن تكون كل نسخ العقد موقعاً عليها ومؤرخة بيد العميل نفسه ، ويبدى ملاحظة حول مدى صعوبة إعمال النص الأخير بالنسبة للتعاقد عبر الشبكات ، إذ يجب أن يؤخذ فى الاعتبار أنه يفرض على التاجر أن يعد مسبقاً عقداً مطبوعاً وذلك لكى ينفذ التزامه بأن يلحق به استمارة قابلة للفصل détachable ، اللهم إلا إذا قيل – وهو ما يحتاج إلى كثير من الشجاعة – أن الاستمارة يجوز أن تكون إلكترونية ، راجع تفصيلاً : LAMY, n°254 p.1489 .

(٧٠) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.77 et s.

(٧١) «La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer».

(٧٢) راجع تفصيلاً فى تعريف عقد البيع : عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الرابع ، العقود التى تقع على الملكية ، البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية (منقحة) ١٩٨٦ ص ٢٥ وما بعدها ؛ سليمان مرقص : شرح القانون المدنى ، العقود المسماة ، المجلد الأول ، عقد البيع ١٩٨٠ ص ١٨ وما بعدها؛ جميل الشرقاوى : شرح العقود المدنية ، البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ نشر ص ١٥ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : دروس فى العقود المسماة ، البيع والتأمين ، دار النهضة العربية ١٩٧٨ ص ١٠ وما بعدها ؛ خميس خضر : العقود المدنية الكبيرة ، البيع والتأمين ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ١٩٧٩ ص ١٣ وما بعدها .

(٧٣) راجع تفصيلاً فى خصائص عقد البيع : السنهورى ، السابق ص ٣٠ وما بعدها ؛ سليمان مرقص ، السابق ص ٢٢ وما بعدها ؛ جميل الشرقاوى ، السابق ص ٢٠ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى ، السابق ص ١١ وما بعدها ؛ خميس خضر ، السابق ص ١٦ وما بعدها .

(٧٤) راجع أيضاً فى مدى الاقتراب بين العقد بواسطة الإنترنت والعقد المبرم عن بعد :

Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulltin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.2.

(٧٥) Contratrt concernant un produit ou un service, conclu après sollicitation du fornisseur, sans présence physique simultanée du fornisseur et du consommateur, et en utilisant une technique de communication à dista nce pour la transmission de la sollisitation de contracter et de la commande.

وذلك وفقاً لما اقترحه التوجيه الأوروبى الصادر فى ٢١ مايو ١٩٩٢ بشأن حماية المستهلك ، راجع :

BEAURE D'AUGERES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 77.

(٧٦) Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télépromotion avec offre de vente, dites "téléachat", J.O. du 7 janvier 1988.

وقد عدل هذا القانون بحيث تم إدراج أحكامه ضمن نصوص تقنين الاستهلاك (المواد L.121-16 à L.121-20) ، وذلك بمقتضى التشريع الصادر فى ٢٦ يوليو ١٩٩٣ والمنظم للبيع عن بعد . راجع تفصيلاً فى هذا النوع من أنواع البيع عن بعد :

Alain BENSOUSSAN : Les télécoms et le droit, *HERMES*, 2e édition revue et augmentée 1996 p. 783 et s.

(٧٧) Alain Be Nsoussan, op. cit. p.783.

(٧٨) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 78.

وراجع فى ذات المعنى : Xavier LINANT de BELLEFONDS : op.cit.p.17. ، والذى ينتقد ما حدث من تشبيه للتعاقد عبر الإنترنت بالتعاقد عبر جهاز Minitel باعتبارهما من الوسائل المسموعة المرئية audiovisuel ، إذ أن فى ذلك إغفال لفكرة التفاعلية التى هى من الأفكار الرئيسية التى ترتكز عليها شبكة الإنترنت ، فلا مكان للتفاعلية فى الوسائل المسموعة المرئية التقليدية ، فمن يتلقى منها يخضع لبرنامج محدد ، ورغم أنه يستطيع اختيار برنامج آخر ، إلا أنه إذا ختار برنامجاً فإنه لا يملك سوى أن يتلقاه بكامله على نحو متسلسل وذلك كمن يشاهد فيلماً أو برنامجاً تليفزيونياً ، فهو محروم من إمكانية التأثير فى التعاقب الزمنى له ، والأمر على عكس ذلك تماماً مع الإنترنت فمستعملها يتعامل مع ما سبق تحميله عن بعد téléchargé على القرص الصلب بجهاز الكمبيوتر الخاص به ، وهو بذلك يستطيع أن يتجه إلى نهاية البرنامج أو أن يبدأه من أوله فهو يستطيع دائماً أن يتوجه هنا أو هناك حسبما يريد ، وهو ما لم تأخذه فى الاعتبار أى من القوانين التى تناولت الوسائل المسموعة المرئية .

(٧٩) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 78.

(٨٠) Technique de vente consistant pour le professionnel à provoquer une rencontre avec le consommateur pour lui proposer la vente ou la location d'un bien ou la fourniture d'un service. BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 78.

أو باختصار هو : عملية تتمثل فى البحث عن العملاء لمصلحة المشروع بزيارتهم فى الموطن .

Opération qui consist à rechercher des clients ou à solliciter des commandes pour le compte d'une entreprise, par des visites à domicile, Lexique - Termes juridiques, *DALLOZ,* 10 édition 1995 p.193.

(٨١) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 78.

(٨٢) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 79

(٨٣) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 80

(٨٤) LAMY, n°2524 p.1484, 1483.

(٨٥) راجع فى تقسيم عقود التجارة الإلكترونية من هذه الزاوية :

Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, *AFTEL,* 1996 (Cinqième partie : Le commerc électronique, par : Jérôme HUET) p. 228 et s.

ونشير إلى أن العقد النموذجى المقترح فى فرنسا والسابق الإشارة إليه يستهدف فقط تنظيم العقود التى تتم بين التجار والمستهلكين (راجع تقديم العقد النموذجى سالف الذكر) ، وقد حرص البند الأول من هذا العقد تحت عنوان Objet ، على تأكيد ذلك بالنص على أن هذا العقد ينعقد «بين تاجر مسجل فى فرنسا (شخص معنوى أو طبيعى يتعاقد فى نطاق نشاطه المهنى) ومستهلك (شخص يتعاقد خارج نطاق نشاطه المهنى) » ، ومن ثم فلا تسرى أحكام هذا العقد على التعاقد بين المهنيين فيما بينهم ، ولا على التعاقد بين غير المهنيين وذلك على فرض انعقاد العقد عبر شبكة الإنترنت .

وتبدو أهمية التمييز بين هذين النوعين كما هو معروف فى أن العقود التى يكون جميع أطرافها من المهنيين تفلت من كل القيود الواردة بقانون الاستهلاك بهدف حماية المستهلكين ، كما أنها تخضع لقواعد الإثبات الخاصة بالقانون التجارى ومن ذلك مبدأ حرية الإثبات، وهو ما سيؤدى بصفة خاصة إلى التفكير فى اللجوء إلى اتفاقات خاصة بالإثبات ، أما العقود المبرمة مع المستهلكين ، سواء كان تنفيذها يتم على الشبكة أم خارج الشبكة ، فتخضع لكل نصوص قانون الاستهلاك التى تستهدف حماية المستهلك ولن يطبق عليها مبدأ حرية الإثبات . راجع فى هذا المعنى تفصيلاً LAMY,n°2538, p.1487,1488 وفى ذات المعنى HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.p.152 ، ومن الأمثلة التى يبدو فيها صعوبة تطبيق بعض نصوص قانون الاستهلاك على العقود المبرمة عبر الإنترنت ما ينص عليه تقنين الاستهلاك من ضرورة كتابة العقود المبرمة بين المستهلكين والمهنيين وتسليم نسخة منها للمستهلك ، ونظراً لأن هذه القاعدة مقررة حماية للمستهلك فقد درجت المحاكم الفرنسية غالبًا على عدم التعويل على الوثائق الإلكترونية ، ولذلك ينصح البعض التاجر بأن يرسل إلى المستهلك هذه النسخة المكتوبة بعد ذلك بطريق البريد . راجع HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.p.149.

(٨٦) LAMY,n°2524,p.1483,1484.

(٨٧) راجع تفصيلاً :

Olivier Itéanu, Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997, p.53.

(٨٨) Olivier Itéanu, op. cit. p.53.

(٨٩) LAMY, n°2544 p.1490.

(٩٠) LAMY, n°2544 p.1491.

(٩١) راجع تفصيلاً : LAMY, n°2544 p.1490, 1491.

(٩٢) Olivier Itéanu, op. cit. p. 53.

(٩٣) تقرير المجلس الوطنى للاستهلاك (CNC) بعنوان : عرض الدخول إلى الإنترنت L'offre d'accès à Internet ، أشار إليه Olivier Itéanu فى مقاله السابق : عقود التجارة الإلكترونية ص ٥٣ ، ويشير هذا التقرير إلى أن التزام المورد بضمان جودة الاتصال هو التزام ببذل عناية ونستنتج من ذلك بمفهوم المخالفة أن التزام المورد بتحقيق اتصال العميل بالشبكة هو التزام بنتيجة ، ومن البديهى أن يكون التزام المورد بتحقيق الاتصال بالشبكة التزاماً بنتيجة ، أما ما لا نقبله فهو القول بأن التزامه بتحقيق جودة الاتصال هو التزام ببذل عناية ، ونرى أن هذا المعنى لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه ، فإذا كان للمورد السيطرة الكاملة على العوامل الفنية التى تؤثر فى جودة الاتصال ، وكانت جودة الاتصال منوطة بهذه العوامل إذا تمت على نحو صحيح من الناحية الفنية ، كان التزام المورد فى رأينا التزاما بتحقيق نتيجة ، ويبدو ذلك بوضوح فى الحالة التى تتولى فيها جهة الاتصالات الهاتفية بنفسها تقديم خدمة الدخول للإنترنت إذ أنها تتحمل فى ذات الوقت المسئولية عن جودة الاتصال ، أما إذا تدخلت عناصر أخرى لا يسيطر عليها المورد بمفرده بحيث تؤثر فى جودة الاتصال مثل مدى جودة الاتصالات الهاتفية بصفة عامة فى المنطقة التى يقع بها جهاز الكمبيوتر الخاص بالعميل ، والتى تسأل عنها الجهة المنوط بها تحقيق هذه الاتصالات ، فيكون التزامه هنا التزاماً ببذل عناية وهو ما نعتقد أنه المعنى المقصود فى تقرير المجلس الوطنى للاستهلاك . ونستطيع أن نستند هنا إلى ما يقال بشأن عقود خدمات المعلومات بصفة عامة من أنه «قد جرى العمل على تضمين عقود خدمات المعلومات بنوداً من شأنها إعفاء المنتج المعلوماتى من المسئولية فى حالات قطع التيار الكهربائى أو تعطل شبكة الاتصالات أو نسبة الخطأ أو القصور لأى من العاملين بهذه الشبكة باعتبار أن هذه الحالات هى بمثابة قوة قاهرة ...... وعادة ما يشير المنتج المعلوماتى على المستخدم النهائى بأفضل الشبكات الملائمة للخدمة التى يقدمها دون أن يضمن له مستوى أدائها ويعد التزامه هنا التزاماً ببذل عناية» محمد حسام الدين محمود لطفى : عقود خدمات المعلومات ، ١٩٩٤ ص ٨٨ وهامش ١٨ بذات الصفحة .

(٩٤) راجع تفصيلاً : Olivier Itéanu ، السابق ص ٥٣ وما بعدها. ويلاحظ أنه يستخدم فى تسمية هذا العقد لفظ : La contrat d'hébergement ، ويبدو أن الترجمة الحرفية لهذا المصطلح هى : عقد الإيواء ، ولما كان ذات الفقيه قد انتهى إلى تكييف هذا العقد بأنه عقد إيجار ، كما أنه يرد على خدمة معلوماتية ، ولذلك فقد آثرنا تسميته بعقد الإيجار المعلوماتى .

(٩٥) Olivier Itéanu, op. cit. p.53.

ويتعين أن نلفت النظر هنا إلى أن العملية قد تتضمن عدة عقود مرتبطة ببعضها ارتباطاً لا يقبل التجزئة وذلك تحقيقاً لحسن أداء الخدمة وباعتبارها جميعاً قد تضافرت من أجل تحقيق عملية اقتصادية واحدة ، ولذلك فقد قضت إحدى محاكم الاستئناف الفرنسية فى حكم حديث لها بأنه يجب أن يؤخذ فى الاعتبار الارتباط الذى لا يقبل التجزئة بين عقد إيجار الأجهزة وعقد صيانتها وعقد الاشتراك فى الشبكة ، بحيث أن فسخ أحدها يؤدى بالضرورة إلى إنهاء الآخرين . راجع هذا الحكم والتعليق عليه تفصيلاً :

Anne COUSIN : Note sous CA Aix en Provence 8e ch. B, 13 février 1998, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p.36 et s.

(٩٦) Olivier Itéanu, op. cit p. 53.

(٩٧) فالحارس هو «الشخص الذى تكون له وقت حدوث الضرر سيطرة فعلية على الشيء ذاته وعلى استعماله لحسابه الخاص .... ذلك أن المالك رغم حقه العينى قد يكون مقطوع الصلة بالضرر الذى حدث عنه كما لو كان قد أعاره أو أجره إلى شخص آخر ، أو كان الشيء قد سرق منه ، فالحراسة إذن ليست ملازمة للملكية» ، محمد لبيب شنب ، الوجيز فى مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ١٩٩٩ ص ٤٤١ ، ٤٤٢ ؛ وراجع فى ذات المعنى : محمود جمال الدين زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ، الطبعة الثالثة ١٩٧٨ ص ٦٣٩ ؛ حسام الدين كامل الأهوانى ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، المجلد الثانى : المصادر غير الإرادية ١٩٩٨ ص ٢٥٢ وما بعدها ؛ جلال على العدوى ، الموجز فى مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٥ ص ٣٨٧ ؛ أنور سلطان ، الموجز فى مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٦ ص ٤١٣ ؛ مصطفى محمد الجمال ، القانون المدنى فى ثوبه الإسلامى ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ١٩٩٦ ص ٥٨٠ ، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ١٧٦ من القانون المدنى المصرى بشأن حارس الحيوان ، حيث ورد بها «حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ....» ، والمادة ١٧٧ (١) بشأن حارس البناء حيث ورد بها «حارس البناء ، ولو لم يكن مالكاً له ......» .

(٩٨) راجع تفصيلاً :

Olivier Itéanu, op. cit. p.54; Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Builtin d'actualité - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.5.

(٩٩) Lionel COSTES,op. cit. p.5.

(١٠٠) Lionel COSTES,op. cit. p.5.

(١٠١) Olivier Itéanu,op. cit. p.54.

وراجع أيضاً فى تكييف عقد خدمات المعلومات بصفة عامة كعقد مقاولة : محمد حسام محمود لطفى : عقود خدمات المعلومات ص ١٦٣ وما بعدها .

(١٠٢) فالمقاولة «عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر فى مقابل أجر ، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته» محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة ، دار النهضة العربية ١٩٦٢ ص ١١ ، و «لكى يصف القاضى عقداً ما بأنه مقاولة ، يجب أن يتبين له بعد تفسيره أن الغرض الرئيسى الذى اتجهت إليه إرادة المتعاقدين هو قيام أحدهما مستقلاً وباسمه الخاص بإنجاز عمل معين لحساب المتعاقد الآخر فى مقابل أجر ، فهاتان الخصيصتان : خصيصة القيام بالعمل استقلالاً ، وخصيصة كون العمل يتم فى مقابل أجر ، تميزان عقد المقاولة عن غيره من العقود التى قد تشتبه به فى حالات خاصة ......» لبيب شنب ، ذات المرجع ص ١٤ ، وراجع أيضاً فى تعريف عقد المقاولة وتمييزه عما قد يشتبه به من عقود : السنهورى ، الوسيط ، الجزء السابع ، المجلد الأول : العقود الواردة على العمل ، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة ، دار النهضة العربية الطبعة الثانية (منقحة) ١٩٨٩ ص ٧ وما بعدها ، ومن الواضح أن قيام المركز التجارى الافتراضى بفتح المتجر الافتراضى لصالح أحد التجار يعد من قبيل القيام بعمل لحساب هذا الأخير خاصة وأن التاجر لا يمارس على الأول أى إشراف أو رقابة .

(١٠٣) راجع تفصيلاً :

REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 171; BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 95 et s.; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 143 et s.; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour Les juristes, DALLOZ 1996, p. 152 et s.

(١٠٤) راجع فى هذا المعنى : LAMY, n°2531 p.1485, 1486

(١٠٥) راجع فى هذا المعنى : HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.p.143

(١٠٦) قرب : HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.p.147

(١٠٧) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.96 et s.; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p.144.

وراجع تفصيلاً فى الإيجاب بصفة عامة : عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، العقد ص ٢٦١ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار : السابق ص ٤٦ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ١٠٦ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى : السابق ص ٧٧ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : السابق ص ٣١ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقى : السابق ص ١٢٠ وما بعدها ؛ جلال على العدوى : السابق ص ٨٠ وما بعدها ؛ أنور سلطان : الموجز فى مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٦ ص ٦٩ وما بعدها ؛ مصطفى محمد الجمال : السابق ص ٨٢ وما بعدها ؛ محمد لبيب شنب : مصادر ص ١٠٧ وما بعدها ؛ حسام الأهوانى : النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، المجلد الأول ، المصادر الإرادية للالتزام ، الطبعة الثالثة ٢٠٠٠ ص ١٠٧ وما بعدها ؛ حمدى عبد الرحمن : السابق ص ١٨٣ وما بعدها .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p.81 et s.; Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p.56 et s.; Henri et Léon et Jean MAZEAUD : Leçons de droit civil, Tome deuxième, Premier volume, Obligations, Théorie générale, sixième édition par François CHABAS, *MONTCHRESTIEN*, 1978 p.112 et s.; Yvaine BUFFELAN-LANORE : droit civil, MASSON, 1976 p.31.; René DAVID : Les contrats en droit Anglais, 2[e] Édition par David PUGSLEY, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985 p. 77 et s.; Christian LARROMET, op. cit. p. 212 et s.; Jean CARBONNIER, op. cit. p.86 et s.; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÉS, op. cit. p.205 et s. Alain BÉNABENT, op. cit. p. 40 et s.; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE : Droit civil, Les obligations, Dalloz, 6[e] éd. 1996 p.86 et s.; Jacques GHESTIN : Traité de droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J., 3[e] éd. 1996 p. 260 et S. Rémy Cabrillac, op cit. p. 33 et s.; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 28 et s. Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 87 et s.

(١٠٨) لبيب شنب ، مصادر ص ١٠٧ .

(١٠٩) راجع تفصيلاً : لبيب شنب ، مصادر ص ١٠٧ وما بعدها ، حسام الأهوانى ، المصادر الإرادية ص ١٠٧ وما بعدها .

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. P. 96 ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit p. 144.

(١١٠) راجع فى هذا لمعنى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 96 .

(١١١) «toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrier directement un engagement contractuel, la simple publicité étant exclue».

(١١٢) **L'offre électronique :** BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.98.

(١١٣) راجع فى إبرام العقود عبر الإنترنت عن طريق البريد الإلكترونى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.98, ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 145.

(١١٤) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.98, 99.

(١١٥) ومن العبارات الطريفة التى قيلت فى هذا الشأن أن الإيجاب عبر الإنترنت لا يكون فى هذه الحالة موجها للجمهور فقط ولكنه موجه للجمهور العالمى à une population mondiale ، فالمخاطب بالإيجاب ليس «السيد مدير شركة معينة» ، ولكنه : «السيد كل العالم»

«Monsieur tout le monde» : Pierre CATALA : Exposé Introductif, Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.9.

(١١٦) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 99.

(١١٧) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.98, 99. ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 145.

(١١٨) ولذلك فقد حرصت العقود المتداولة فى العمل على تنظيم مسألة نفاد المخزون فنصت الشروط العامة للمركز التجارى ***Infonie*** على بعض الالتزامات فى حالة عدم توافر السلعة فورد بها «أننا ملتزمون ، فى الحالة التى لا تتوافر فيها بعض القطع أن نقدم لكم قطعًا بديلة تتوافر بها ذات المميزات والصفات وبجودة مماثلة أو بجودة أعلى ، وبسعر مساو أو أكثر أو بأن نرد لكم ما دفعتموه ، وعلى أية حال ، فسوف نوافيكم برسالة إلكترونية توضح ما إذا كانت السلعة متوافرة ، فلا تنسوا مراجعة بريدكم الإلكترونى بانتظام» .

كما واجه عقد ***Apple Store*** هذه المسألة فورد به أنه «إذا لم نتمكن من تلبية طلبك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الدفع ، فسوف نخطرك بذلك ويكون لك حينئذ الخيار فى العدول عن طلبك واسترداد ما دفعته ، فإذا اخترت أن يظل طلبك سارياً ، فيجوز لك كلما مرت عشرة أيام العدول عن الطلب واسترداد ما دفعته» .

كما حرصت الشروط العامة للمركز التجارى ***Surf and buy d'IBM Europe*** فى المقابل على أن تفرض على كل متجر مشارك فيه الالتزام بأن تكون «المنتجات متاحة بناء على طلب العميل وذلك فى الظروف المتعادة للمخزون» . راجع تفصيلاً :

LAMY, n°2550 p. 1492.

كما حرصت الفقرة الخامسة من البند الرابع من العقد النموذجى الفرنسى على ضرورة الإشارة إلى مدى توافر السلعة أو الخدمة .

(١١٩) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.99, ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 145.

(١٢٠) HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 146.

(١٢١) راجع فى هذه المسألة تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.100 ; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, DALLOZ 1996 , p. 159. ; Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, AFTEL, 1996 (Cinqième partie : Le commerce électronique, par : Jérôme HUET) p. 213.

(١٢٢) «dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emplois ou d'utilisation, la discription de l'étendue et de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances».

(١٢٣) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.100.

(١٢٤) Marie-Zivar FIROUZ ABADIE : L'emploi de la langue française par personnes publiques dans les achats informatiques et la fourniture de services, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p. 8.

(١٢٥) راجع تفصيلاً :

LAMY, n°2548 p.1491, 1492.

(١٢٦) LAMY, n°2548 p. 1492.

(١٢٧) LAMY, n°2548 p. 1492 .

(١٢٨) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p107 et s.; HANCE et DIONNE-BALZ, op.cit.,p.144.

وراجع تفصيلاً فى القبول بصفة عامة : عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، العقد ص ٢٧١ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار : السابق ص ٤٩ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ١١٦ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى : السابق ص ٨٢ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : السابق ص ٣٤ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقى : السابق ص ١٤٠ وما بعدها ؛ جلال على العدوى : السابق ص ١١٦ وما بعدها ؛ أنور سلطان : الموجز فى مصادر الالتزام ، منشأة المعارف ١٩٩٦ ص ٧٢ وما بعدها ؛ مصطفى محمد الجمال : السابق ص ٩١ وما بعدها ؛ محمد لبيب شنب : مصادر ص ١١٧ وما بعدها ؛ حمدى عبد الرحمن : السابق ص ١٩٤ وما بعدها ؛ حسام الأهوانى : المصادر الإرادية ص ١٢٣ وما بعدها .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 87 et s.; Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p. 59 et s.; Henri et Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 117 et s; Yvaino BUFFELAN-LANORE : op. cit. p. 31 ; René DAVID, op. cit p. 77 et s. Christian LARROMET, op. cit. p. 223 et s.; Jean CARBONNIER, op. cit. p. 87 et s. Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, op. cit. p. 209 et s.; Alain BÉNABENT, op. cit. p. 40 et s.; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE op. cit. p. 98 et s.; Jacques GHESTIN, op. cit. p. 282 et s.; Rémy Cabrillac, op. cit. p. 35 et s. Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 31 et s. Jacques FLOUR et Jean-Lue AUBERT, op. cit. p. 96 et s.

(١٢٩) راجع : لبيب شنب ، مصادر ص ١٢٠ وما بعدها ، وهو المقرر فى فرنسا وأيضًا وفى دول القانون العام أيضًا ، إلا أن المادة ٢-٢٠٧ من قانون التجارة الأمريكى الموحد قد تضمنت أنه إذا صدر القبول ولم يكن مطابقًا للإيجاب فى كل النقاط فيجوز أن يعد قبولاً ينعقد به العقد وذلك إذا اتفق على أن القبول يحل محل اتفاق الطرفين بالنسبة للعناصر الجديدة . راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.107.

مع ملاحظة أن المقصود بهذه العناصر الجديدة هو العناصر غير الجوهرية فى العقد وأنه يحق للمستهلك فى تعاقده مع المهنيين أن يرفض هذه الإضافات فى خلال مدة معقولة . راجع :

Lionel Costes : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p. 65.

(١٣٠) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.107 et s.

(١٣١) راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.107 ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 144.

(١٣٢) راجع تفصيلاً : جستان ، السابق ص ٣٥٩ وما بعدها . كما ينص القانون الأمريكى على استثناءات ثلاثة يكون فيها القبول صحيحاً رغم صمت الطرف الآخر وهى : إذا كان من الممكن أن يستخلص ذلك من سلوك الأطراف ، وكذلك إذا جرى العرف على اعتبار السكوت قبولاً ، أو إذا كان الأطراف مرتبطين بمعاملات سابقة . راجع :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.107.

وبصفة عامة تنص المادة ٢-٢٠٦ من تقنين التجارة الأمريكى الموحد على أن القبول يمكن أن يتم بأى طريقة معقولة : Lionel COSTES, op. cit.p.65 .

وراجع تفصيلاً فى مسألة مدى جواز اعتبار السكوت تعبيراً عن القبول بصفة عامة : عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، العقد ص ٢٨١ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار : السابق ص ٥٠ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ٩١ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى : السابق ص ٨٤ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : السابق ص ٣٧ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقى : السابق ص ٩٩ وما بعدها ؛ جلال على العدوى : السابق ص ١١٦ وما بعدها ؛ أنور سلطان : السابق ص ٦٣ وما بعدها ؛ محمد لبيب شنب : مصادر ص ٩٢ وما بعدها ؛ حمدى عبد الرحمن : السابق ص ١٤٤ وما بعدها ؛ حسام الأهوانى ، المصادر الإرادية ص ١٢٥ وما بعدها .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 77 et s.; Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p. 59; Henri et Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 117 et s.; Christian LARROMET, op. cit. p. 228 et s.; Jean CARBONNIER, op. cit. p. 85; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, op. cit. p. 210 et s. ; Alain BÉNABENT, op. cit. p. 42 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE op. cit. p.101 et s. ; Jacques GHESTIN, op. cit. p.358 et s. ; Rémy Cabrillac, op. cit. p. 35 et s. ; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 32 et s. ; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 100 et s.

(١٣٣) راجع تفصيلاً فى التساؤل حول ما إذا كان للعرف دور على شبكة الإنترنت :

Anne ACOUSIN et Alain BENSOUSSAN : De la tradition et de la modernité, de la coutume sur Internet, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 13 et s.

(١٣٤) HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 144.

(١٣٥) وقد نص البند السابع من العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية على أن أنظمة التسجيل الأوتوماتيكى الخاصة بالتاجر تصلح دليلاً لإثبات الاتفاق وتاريخه . ونلاحظ فى ذلك خروجاً على القواعد العامة للإثبات إذ أن التاجر يصطنع هنا دليلاً لنفسه .

(١٣٦) راجع فى هذا المعنى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 107 ; Alain BENSOUSSAN : La problématique Française : Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 20 ; Joel REIDNBERG, op. cit. p. 13; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, ***DALLOZ,*** 1996, p. 153.

ويتساءل الأخير أيضًا عما إذا كان من الممكن أن نعرف إذا كان من ضغط على هذه الأيقونة هو هذا الشخص أم ذاك ، ويشير إلى وجود مشروع بتعديل المادة 2-B من تقنين التجارة الموحد الأمريكى لمواجهة هذه المشكلة . كما ويطرح البعض الآخر بهذه المناسبة تساؤلاً غاية فى الخطورة وهو ما إذا كانت هذه اللمسة تعد تصرفًا قانونيًا أم واقعة قانونية ، إذ من المتصور أن تكون اللمسة قد حدثت عفواً أو بدلاً من اللمسة التى كانت تستهدف أمراً آخر يقصده مستعمل الإنترنت : Xavier LINANT de BELLEFONDS op. cit.p.17 وفى ذات المعنى : Alain BENSOUSSAN, op. cit. p.20 . وننوه هنا إلى أن إصدار الأوامر المختلفة أثناء العمل على أحد برامج الكمبيوتر مثل البرنامج الذى يتم من خلاله إبرام العقد مع أحد المتاجر على شبكة الإنترنت ، يتم عن طريق ملامسة بعض الأيقونات التى تظهر على شاشة الكمبيوتر بشكل يميز كل منها عن غيرها بحيث يمثل كل منها أمراً معيناً ، ومن ذلك مثلاً الأيقونة التى تخصص للتعبير عن قبول العرض الصادر من التاجر ، ويعبر الفقهاء الفرنسيون الذين يتناولون موضوع التعاقد عبر الإنترنت عن هذه اللمسة بمصطلح cliquage الذى ترجمناه باللفظ العربى لمسة أو ملامسة أو ضغط ، كما يستخدمون فعل cliquer الذى يبدو أنه من المبتكرات اللغوية فى هذا النطاق والذى ترجمناه هنا بلفظ يلمس أو يضغط .

(١٣٧) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.108.

(١٣٨) راجع فى هذا المعنى :

Alain BENSOUSSAN : La problématique Française : Colloque du 13 Mai 1998 : Commerce electronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 20.

(١٣٩) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p.108.

(١٤٠) Lionel COSTES : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p. 65.

ويلاحظ أنه يطرح هذا التساؤل فى ظل القانون الأمريكى للعقود .

(١٤١) ويعبر عن مصطلح التحميل فى اللغة الإنجليزية بلفظ ***Downloads*** ، ويعرفه البعض ببساطة بأنه نسخ بعض المواد من شبكة الإنترنت إلى جهاز الكمبيوتر . آلان سيمبسون ، السابق ص ١٥ .

(١٤٢) Lionel Costes : op. cit. p.65.

(١٤٣) Lionel Costes, op. cit.p.65,66.

(١٤٤) راجع على سبيل المثال فى هذه المشكلة : نزيه الصادق المهدى : الالتزام قبل التعاقدى بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد ، دار النهضة العربية ١٩٩٠ .

(١٤٥) Confirmation par courier électronique (e-mail) par le commerçant.

(١٤٦) وأهمها على وجه الخصوص شخصية التاجر والعنوان الذى يمكن للمستهلك يخاطبه فيه والصفات الرئيسية للسلعة أو الخدمة ونفقات التسليم وحقه فى الرجوع وكيفية مباشرته وخدمات ما بعد البيع والضمانات التجارية والشروط الخاصة بإنهاء العقد إذا كان غير محدد المدة أو لمدة تجاوز السنة .

(١٤٧) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 108 et s.; REBOUL et XARDEL, op. cit. p. 169, 171 et s.; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 146 et s.; Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996 p. 68 et s.

(١٤٨) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 108 et s.

وراجع بصفة عامة فى النظريات التى قيلت لتحديد لحظة القبول أى لحظة انعقاد العقد فى التعاقد بين غائبين أو بالمراسلة : عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، العقد ص ٣٠٣ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطـــار : السبق ص ٦٤ وما بعدها؛ عبد المنعم فرج الصدة: مصادر الالتزام ١٣٤ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى : السابق ص ٩٤ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : السابق ص ٤٤ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقى : السابق ص ١٥١ وما بعدها ؛ أنور سلطان : السابق ص ٨٥ وما بعدها ؛ محمد لبيب شنب : مصادر ص ١٢٤ وما بعدها ؛ حمدى عبد الرحمن : السابق ص ٢٠٥ وما بعدها ؛ حسام الاهوانى ، المصادر الإرادية ، ص ١٥١ وما بعدها ؛ محمد السعيد رشدى : التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ،مع التركيز على البيع بواسطة التليفزيون، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٨ ص ٢٥ .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 89 et s.; Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p. 59; et s. Henri et Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 121 et s.; Yvaine BUFFE-LAN-LANORE, op. cit. p. 31 ; René DAVID, op. cit p.84 et s.; Christian LARROMET, op. cit. p. 245 et s. ; Jean CARBONNIER, op. cit. p. 87 et s. Philippe MALAURIE et Laurent AYNÉS, op. cit. p. 212 et s.; Alain BÉNABENT, op. cit. p. 44; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE op. cit. p. 131 et s. ; Jacques GHESTIN, op. cit. p. 319 et s.; Rémy Cabrillac, op. cit. p. 36 et s.; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 33 et s. ; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 104 et s.

(١٤٩) HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 147.

(١٥٠) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 108.

(١٥١) Xavier Linant de Bell- Efonds: la Problematique Française, Colloque du 13 Mai 1998: électronique et avenir des circuits de distribution (De l'expérience des États-Unis aux perspectives Françaises, Aspects juridiques et fiscaux), Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 17.

(١٥٢) ويتساءل البعض تساؤلاً أكثر اتساعاً بهذه المناسبة وذلك عن اللحظة التى تؤخذ فيها الإرادة محل الاعتبار ، هل هى اللحظة التى يفتح فيها مستعمل الشبكة جهاز الكمبيوتر الخاص به ، أم اللحظة التى يبدأ فيها فى التجول عبر الشبكة ، أم اللحظة التى يتصل فيها بموقع البائع ، أم اللحظة التى يستقبله فيها البائع التجوال عبر الشبكة ، أم اللحظة التى يتصل فيها بموقع البائع ، أم اللحظة التى يستقبله فيها البائع ، أم اللحظـــة التى يعبر فيها البـــائع عن موافقته ؟ Xavier LINANT de BELLEFONDS : op. cit. p. 17 .

(١٥٣) راجع فى تفاوت القوانين المختلفة فى الأخذ بإحدى هذه اللحظات :
BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 109, 110.

(١٥٤) راجع :
BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 110, HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 147, 145.

(١٥٥) HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 155.

(١٥٦) راجع فى شرح هذا النص تفصيلاً : حسام الأهوانى ، المصادر الإرادية ص ١٣٦ وما بعدها .

(١٥٧) راجع تفصيلاً : LAMY, n°2552 p. 1493, 1494 .

(١٥٨) LAMY, n°2552 P. 1493 .

(١٥٩) LAMY, n°2552 P. 1494 .

(١٦٠) LAMY, n°2552 P. 1494 .

(١٦١) LAMY, n°2552 P. 1494 .

(١٦٢) وقد ورد بالتعليق على هذا البند أن الوفاء يكون نهائيًا فلا يجوز الرجوع فيه من حيث المبدأ ، ومع ذلك يجوز للمستهلك المطالبة بإبطال الوفاء بالبطاقة فى حالة الاستعمال التدليسى لها ، وهنا يتعين رد المبالغ التى نقلت إلى حساب البائع أو إعادتها لرصيد المشترى .

(١٦٣) غنى عن البيان أن هذه الدراسة غير مخصصة للحديث تفصيلاً فى مشكلات الوفاء بشأن العقود المبرمة عبر الإنترنت ، ولذلك فإننا سنكتفى هنا بالإشارة بإيجاز إلى أحدث المبتكرات المرتبطة بالوفاء فى العقود المذكورة وهو التقنية المسماة بالنقود الإلكترونية والتى يعبر عنهـا فى الفرنسية بلفظ monnaie électronique وفى الإنجـليزية electronic money واختـصارها E-money كما يعبر عنها أيضًا فى العمل أيضًا بلفظ Digi Cash والتى يمكن ترجمتها أيضاً بالنقود الرقمية ، وقد ظلت الوسيلة المألوفة حتى الآن للوفاء فى المعاملات التى تتم عبر الإنترنت هى استخدام البطاقة المصرفية للعميل مع ملاحظة أن تداول البيانات الخاصة بهذه البطاقة عبر الشبكة المفتوحة يحمل خطورة لا يستهان بها وبصفة أساسية إمكانية اختراق هذه البيانات واستخدامها إضراراً بصاحب البطاقة ، وتجنبًا لهذه المخاطر فقد تم ابتكار بعض أنظمة الوفاء التى تقوم على فكرة إدارة حسابات وسيطة للوفاء وبذلك يمكن تفادى تداول البيانات على الشبكة ، بحيث تقوم المؤسسة الوسيطة بإدارة عملية الوفاء وذلك لحساب العملاء والبائعين وذلك بتسوية الديون والحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التى تبرم بينهم ، ويلاحظ أن هذه الطريقة ليست قاصرة على المعاملات التى تتم عبر الإنترنت ولكنها تستخدم أيضًا بشأن تقنيات أخرى للتعاقد عن بعد مثل خدمة Minitel ، ورغم ما قد تقدمه هذه الوسيلة من مزايا فإنها تعد عقبة فى طريق تطور التجارة عبر الإنترنت حيث أنه ليس من المرغوب من جانب المستهلك ولا من جانب التاجر تعدد الحسابات على هذا النحو . راجع فى هذا المعنى :
Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulltin d'actualite - Lamy droit de l'informatique, N°97-Novembre 1997 p.4.

ومن هنا ظهرت فكرة استعمال تقنية ترتكز على تجميع وحدات للقيمة وذلك فى أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية ، فظهرت فكرتى حافظة النقود الإلكترونية porte monnaie électronique (PME) ، وحافظة النقود الافتراضية porte monnaie virtuel (PMV) والتى تشحن مسبقًا préconstitution (préchargement) برصيد مالى ، ويتم تسجيل هذا الرصيد المالى فى بطاقة خاصة فى حالة حافظة النقود الإلكترونية أو على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر الخاص بمستعمل الشبكة فى حالة حافظة النقود الافتراضية ، وهكذا فإن قطع النقود أو الكوبونات الافتراضية

تماثل من الناحية الفنية المعلومات المختزنة على ذاكرة جهاز الكمبيوتر ، ويستطيع العميل الذى يرغب فى التعامل بهذه النقود أن يحصل من أحد البنوك أو إحدى المؤسسات الوسيطة على رخصة تسمح له باستعمال النقود السائلة الإلكترونية l'argent liquide électronique (e-cach) بالمقابل الذى يتفق عليه ويكون للعميل مفتاح عام ومفتاح خاص من أجل تأمين معاملاته والتحقق منها . وليس من المحتم أن يمر هذا النظام من خلال فتح حساب بأحد البنوك ، كما أن هذه النقود ليست اسمية شأنها شأن النقود العادية . ورغم ما تقدمه فكرة النقود الإلكترونية أو الافتراضية من تيسير للتجارة عبر الإنترنت ، فإن هذه التقنية ليست خالية من المخاطر ، فمن ناحية فإن حائز هذه النقود الإلكترونية ليس فى مأمن من حادث فنى يترتب عليه مسح ذاكرة جهازه وهنا سوف يفقد كل نقوده التى بحافظة نقوده الإلكترونية دون رجعة ، ومن ناحية أخرى فإنه فى حالة إفلاس من أصدر هذه النقود الإلكترونية ، فإن العميل يتعرض لخطر عدم استرداد قيمة الوحدات التى لم يستعملها بعد ، كما يتعرض التاجر لخطر عدم استيفاء الوحدات التى حولها له العميل . راجع تفصيلاً :

Lionel COSTES, Transactions en ligne, paiment électronique, galeries marchandes virtuelles, Bulltin d'actualité - Lamy droit de l'Informatique, N°97-Novembre 1997 p.3,4. ; Isabelle POITIER : Le commerce électronique sur internet, Gazotte bu Palais 4 Avril 1996 p. 298. ; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 161 et s. ; Nicolo TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, DALLOZ 1996, p. 155 et s.; Alain BENSOUSSAN : Internot, aspects juridiques, HERMES, 1996 p.71.

إيهاب الدسوقى ، التقرير الصادر عن مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار برئاسة مجلس الوزراء بعنوان : الأبعاد الاقتصادية والمالية للتجارة الإلكترونية ، ١٩٩٨ ص ٩ وما بعدها .

(١٦٤) راجع : LAMY, n°2551 p.1493 .

(١٦٥) ومن الملاحظات الطريفة حول تطور وانتشار استعمال صيغة البريد السريع وبصفة خاصة عندما يتعلق الأمر بأطعمة سريعة التلف ، وجود موقع على الشبكة لحلوانى لبنانى يعرض تسليم أطباقه الخاصة فى كل أنحاء العالم بواسطة البريد الدولى السريع DHL. LAMY, n°2551 P.1493 .

(١٦٦) راجع : LAMY ، الموضع السابق .

(١٦٧) الفقرة السابعة من البند الرابع من العقد النموذجى .

(١٦٨) راجع : LAMY, n°2551 p.1493 ، وراجع فى حق المستهلك فى الرجوع فى العقود المبرمة عن بعد وتطبيق ذلك على العقود المبرمة عبر الإنترنت .

Jérôme HUET : Le droit du multimédia, De la télématique à Internet, Rapport réalisé sous la direction de : Pierre HUET, AFTEL, 1996 (Cinqième partie : Le commerc électronique, par : Jérôme HUET) p. 234.

(١٦٩) وورد حكم مماثل بالبند التاسع من العقد النموذجى وأضاف إلى الأشياء المذكورة الجرائد اليومية والدوريات والمجلات . ومن الواضح أن تقرير هذا الحكم بالنسبة لهذه الأشياء يرجع إلى أنه من المتعذر على ا لبائع أن يبيعها مرة أخرى بعد فتحها ، خاصة وأن بعضها لا يمكن الجزم بما إذا كان قد تم استعماله أو نسخه مثل شرائط الكاسيت .

(١٧٠) وقد ورد بالتعليق على البند المذكور أن هذه الأحكام تعد تطبيقًا للتوجيه الأوروبى الصادر فى ٢٠ مايو ١٩٩٧ .

(١٧١) راجع : LAMY, n°2550 p. 1492 .

(١٧٢) راجع تفصيلاً : LAMY, n°2553 p. 1494 .

(١٧٣) relatifve à l'informatique, aux fichiers et aux libertés .

(١٧٤) راجع أيضًا بشأن حماية البيانات الخاصة أو الحق فى الخصوصية وذلك على شبكة الإنترنت فى فرنسا والمجموعة الأوروبية وأمريكا :

Jacques RIBS : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p. 34 et s.

(١٧٥) راجع تفصيلاً فى تطبيق أحكام هذا التوجيه الأوروبى على البيانات المتداولة عبر الشبكات :

Ariane MOLE : Données personnelles et réseaux ouverts : une directive peut en cacher une autre, Gazette du Palais - Mercredi 29, Jeudi 30 Juillet 1998 p. 20 et s.

كما نشير أيضًا إلى التوجيه الصادر من غرفة التجارة الدولية بشأن الدعاية والإعلان والتسويق على الإنترنت والذى تضمن بعض القواعد التى تستهدف تحقيق الأغراض التالية :

– تدعيم ثقة الجمهور فى وسائل الدعاية والتسويق المستخدمة على الإنترنت .

– الحفاظ على حرية المعلنين والمهنيين فى الإعلان والتسويق .

– تقليل الأسباب التى تدفع للتدخل الحكومى على المستوى الوطنى أو الدولى .

– التجاوب مع التوقع المشروع والمعقول بشأن احترام الحياة الخاصة للمستهلك . راجع تفصيلاً :

Brigitte MISSE et Alain BENSOUSSAN : De nouvelles lignes directrices en matière de publicité sur Internet, Gazette du Palais - Vendredi 14, Samedi 15 Janvier 2000 p. 15 et s.

(١٧٦) راجع على سبيل المثال :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 111.

(١٧٧) HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit.p. 148 .

(١٧٨) راجع تفصيلاً فى المشكلات التى تثور بشأن الأهلية فى التعاقد عبر الإنترنت :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 112 et s. ; Nicole TORTELLO et Pascal LOINTIER : Internet pour les juristes, DALLOZ, 1996, p. 152 Alain BENSOUSSAN : Internet, aspects juridiques, HERMES, 1996 p.71.

(١٧٩) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 113.

(١٨٠) HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit.p.149

ويبدو أن الولايات المتحدة الأمريكية سوف تتخذ مبادرة أكثر تأثيرًا واتساعًا فى هذا الشأن وذلك من أجل حماية القصر أنفسهم أيضًا تجاه الاستعمالات غير المشروعة للإنترنت والاتصالات وبصفة خاصة ما يرتبط بالعنف والجنس ، فقد تم إعداد مشروع قانون بهذا الشأن لعرضه على الكونجرس تحت عنوان : Communications Decency Act . راجع :

Thomas A. MARTEN : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du Palais - Dimanche 18 au Mardi 20 1998 p.33,44.

(١٨١) راجع تفصيلاً :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 100, et s., p.113.; HANCE et DIONNE-BALZ, op. cit. p. 149.

(١٨٢) راجع بصفة عامة فى هذا الشرط : عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، العقد ص ٥١٧ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار : السابق ص ١١٩ وما بعدها) ويستعمل تعبير : أن يكون المحل معلوماً) ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ٢٥٩ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى : السابق ص ١٨٠ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : السابق ص ١١٢ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقى : السابق ص ٤١٩ وما بعدها ؛ أنور سلطان : السابق ص ١٢٩ وما بعدها ؛ مصطفى الجمال ص ١٣٧ وما بعدها ؛ محمد لبيب شنب : مصادر ص ٢٠١ وما بعدها ؛ حمدى عبد الرحمن : السابق ص ٣٣٣ وما بعدها .

Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 151; Jean-Louis BAUDOUIN , op. cit. p. 126 et s ; Henri et Leon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 224 et s ; Yvaine BUFFELAN-LANORE, op. cit. p. 42; Christian LARROMET, op cit p.321 et s.; Jean CARBONNIER, op. cit. p.118 et s.; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, op.cit p. 261 et s., Alain BENABENT, op. cit. p. 80; Jacques GHESTIN, op. cit. p.665 et s.; Rémy Cabrillac, op. cit. p. 49 et s. ; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p 68 et s. ; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 165 et s.

(١٨٣) فقد أشارت الفقرة الأولى من البند الرابع منه بعنوان الصفات الرئيسية للأموال والخدمات المعروضة إلى ضرورة ذكر مسمى الأموال المعنية ومكوناتها وأبعادها وكميتها وألوانها وسماتها الخاصة particularités وغير ذلك من صفاتها الرئيسية كما أشارت الفقرة الثانية منه بوجه خاص إلى وجوب تحديد محل ومحتوى الخدمات المعروضة . وراجع تفصيلاً فى وصف المنتجات والخدمات المعروضة على شبكة الإنترنت : LAMY, n°2550 p.1492 .

(١٨٤) ونرى أن لهذه العبارة أهمية بالغة فى القانون المدنى المصرى إذ يمكن اعتبارها تأكيداً من البائع بخلو المبيع ، ويترتب على ذلك بقاء البائع ملزماً بضمان العيب الخفى حتى ولو لم يفحص المشترى المبيع بعناية الرجل العادى ، فقد نصت المادة ٤٤٧ (٢) من القانون المدنى المصرى على أنه «ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشترى يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، إلا إذا أثبت المشترى أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو إذا أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه» .

(١٨٥) راجع تفصيلاً : LAMY, n°2550 p. 1492 . وورد ذات المعنى فى الفقرة الأخيرة من البند الرابع من العقد النموذجى الفرنسى للتجارة الإلكترونية والتعليق عليه حيث نص على ألا تدخل الصور الفوتوغرافية للمنتجات الموضحة فى نطاق العقد . فإذا نتج عن ذلك الوقوع فى غلط فلا يكون التاجر مسئولاً عن ذلك على أية حال ، كما أشار إلى وجوب رجوع المستهلك للشروط الخاصة بالبيع والمنصوص عليها على الشاشة والتى تتكفل بتحديد محل هذه العناصر قبل إقدامه على التعاقد .

(١٨٦) كما أضافت محكمة النقض الفرنسية إلى الحالتين السابقتين حالة ثالثة لا يؤخذ فيها أيضاً بشرط الإعفاء من المسئولية وهى الحالة التى يترتب فيها على هذا الشرط إعفاء المدين من المسئولية عن عدم تنفيذ التزامه الرئيسى فى العقد . راجع تفصيلاً : أسامة أبو الحسن مجاهد : فكرة الالتزام الرئيسى فى العقد وأثرها على اتفاقات المسئولية ، دار الكتب القانونية ١٩٩٩ .

(١٨٧) Lionel Costes : Aperçu sur le droit du commerce électronique aux États-Unis, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997 p.66.

(١٨٨) «قد يختار المتبايعان طريقاً دقيقاً لتعيين المبيع فيقدم أحدهما ، ويكون غالباً هو البائع ، بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . فيعطى بائع القماش مثلاً للمشترى عينة من القماش الذى يبيعه إياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش ، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشترى حتى يضاهى عليها

ما يتسلمه من البائع من قطن أو قمح أو غير ذلك . والعينة تغنى عن تعيين المبيع بأوصافه فهى المبيع مصغراً ، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التى يتميز بها ، وهى فى الوقت ذاته تغنى عن رؤية المبيع ، إذ أن المشترى برؤيته للعينة يكون فى حكم من رأى المبيع، السنهورى ، الوسيط ، البيع ص ٢٩٩ ، ٢٣٠ .

(١٨٩) راجع تفصيلاً فى شرط مشروعية المحل فى العقد الإلكترونى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 100 et s., p.113.

وراجع فى شرط مشروعية محل العقد بصفة عامة : عبد الرازق السنهورى : الوسيط ، العقد ص ٥٣١ وما بعدها ؛ عبد الناصر توفيق العطار : السابق ص ١٢٥ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة : مصادر التزام ٢٦٢ وما بعدها ؛ محمود جمال الدين زكى : السابق ص ١٨١ وما بعدها ؛ عبد الودود يحيى : مصادر ص ١١٤ وما بعدها ؛ عبد الفتاح عبد الباقى : السابق ص ٤٢١ وما بعدها ؛ أنور سلطان : السابق ص ١٣٥ وما بعدها ؛ مصطفى الجمال ص ١٥٦ وما بعدها ؛ محمد لبيب شنب : مصادر ص ٢٠٥ وما بعدها ؛ حمدى عبد الرحمن : السابق ص ٣٥٧ وما بعدها :

Henri et Léon et Jean MAZEAUD, et François CHABAS, op. cit. p. 223 et s.; Yvaine BUFFELAN-LANORE, op. cit. p.42. ; Jacques GHESTIN, op. cit. p.801 et s.; Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, op. cit. p. 152 et s. Jean-Louis BAUDOUIN, op. cit. p. 124 et s.; Henri et Léon et Jean MZEAUD et François CHABAS, op. cit. p. 223 et s. ; Yvaine BUFFELAN-LANORE, op. cit p. 42; Christian LARROMET, op. cit. p. 333 et s. ; Jean CARBONNIER, op. cit. p. 120 et s.; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, op. cit. p.261; Alain BÉNABENT, op. cit. p. 89 et s.; Jacques GHESTIN, op. cit. p.801 et s. Rémy Cabrillac, op. cit. p. 51 et s.; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, op. cit. p. 72 et s.; Jacques FLOUR et Jean-Luc AUBERT, op. cit. p. 167 et s.

(١٩٠) وقد ترسخ هذا المبدأ فى فرنسا حين نصت المادة ٧ من قانون ٢-١٧ مارس ١٧٩١ على أنه اعتباراً من أول أبريل ١٧٩١ «يكون كل شخص حراً فى أن يمارس أى تجارة أو مهنة أو فن أو حرفة يراها مناسبة» ، ومند ذلك الحين تقرر هذا المبدأ القانونى الهام وهو مبدأ حرية ممارسة التجارة .

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit p. 100.

(١٩١) Tout ce qui est dans le commerce, peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation.

(١٩٢) ومن ذلك المبدأ العام الذى يحظر الاتجار بالجسد البشرى ، راجع المادة ١٦ وما يليها من التقنين المدنى الفرنسى وبصفة خاصة المادة ١٦-١ والتى تنص على فى فقرتها الثالثة على أن «لا يجوز أن يكون الجسد البشرى ، ولا عناصره ولا منتجاته محلاً لحق مالى» .

"Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial".

كما أنه لا يجوز السعى لإبرام العقود من أجل تسويق بعض عمليات التمويل والتأمين إلا لطائفة معينة من المشروعات وهى التى تتوافر فيها الشروط التى نصت عليها المادة ٢ من القانون رقم ٦ لسنة ٧٢ الصادر فى ٣ يناير ١٩٧٢ والخاص بالسعى لإبرام العقود فى مجال عمليات التمويل والتوظيف والتأمين .

Relative au démarchage financier et à des opérations de placement et d'assurance.

كما يفيد قانون Evin رقم ٣٢ لسنة ٩١ الصادر فى ١٠ يناير ١٩٩١ فى فرنسا الإعلان المباشر وغير المباشر عن الكحوليات ومنتجات الدخان .

وينظم القانون الفرنسى التعليم عن بعد ، فينبغى على منشآت التعليم الخاص بالمراسلة أن تقوم بإعلان مسبق déclaration préalable ، كما يحظر فى هذاا الشأن السعى لإبرام العقود ، كما يخضع الإعلان عنه لتنظيم خاص .

كما تضخع الدعاية عن المنتجات الغذائية التى تباع بالمراسلة لتنظيم معين ومن ذلك بصفة خاصة أنها يجب أن تتضمن بعض البيانات الإلزامية وذلك وفقاً للمرسوم رقم ١١٤٧ لسنة ٨٤ الصادر فى ٧ ديسمبر ١٩٨٤ .

راجع تفصيلاً فى هذه القيود :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 100 et s.

وراجع فى ذات المعنى أيضًا التعليق على البند الرابع من العقد النموذجى بعنوان الصفات الرئيسية للأموال والخدمات المعروضة ، والذى ورد به أن القانون الفرنسى يحظر بيع بعض الأموال والخدمات عن بعد وعلى سبيل المثال : المنتجات الدوائية ، الأسلحة ، أو التعامل بصفة عامة فى الأشياء التى تتعارض مع الآداب العامة أو التى تمثل اعتداء على حرمة الإنسان ، كما يراعى أن بيع العقار يجب أن يتم بمحرر موثق acte notarié ، كما يخضع بعض التعاملات لقيود معينة مثل بيع الدخان والكحول والمواد الغذائية وتقديم المعلومات .

(١٩٣) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 113.

(١٩٤) BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 101 .

(١٩٥) راجع فى مصر القانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٤ المعدل بشأن الأسلحة والذخائر ، وفى فرنسا المادتين ٣ ، ٤ من القانون رقم ٧٠٦ الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٨٥ .

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 102 .

(١٩٦) راجع فى هذا المعنى :

BEAURE D'AUGÈRES, BREESE et THUILIER : op. cit. p. 102, 113 .

وفى ذات المعنى أيضًا التعليق على البند الرابع من العقد النموذجى بعنوان الصفات الرئيسية للأموال والخدمات المعروضة والذى أشار إلى أن بعض القوانين الأجنبية قد تتضمن حالات أخرى للحظر أو قيوداً أخرى وفقاً لتصورها الخاص بشأن حماية المستهلكين . راجع أيضاً : HANCE et DIONNE-BALZ, p. cit. p. 149 ، ويشير البعض بصفة عامة إلى ضرورة وجود نوع من التنسيق الدولى بشأن الإنترنت أخذا لبيئتها الدولية فى الاعتبار إذ أن الحل الذى يؤخذ به على المستوى الوطنى دون مراعاة لما يجرى فى العالم بهذا الشأن سيؤدى إلى نتائج خطيرة خاصة مع الاتجاهات العالمية للاقتصاد المعاصر . راجع : Joel REIDNBERG, op. cit. p. 14 ، وقد دفع هذا الاعتبار البعض إلى القول بأنه لن يكفى أن تأخذ المنشأة الوطنية التى ترغب فى مباشرة التجارة الإلكترونية فى الاعتبار جميع التشريعات الخاصة فى الدولة التى تنتمى إليها ، بل يتعين عليها أيضاً أن تضع نصب عينيها مثل هذه التشريعات فى جميع الدول التى يمكن أن تبيع فيها منتجاتها من خلال الشبكة . راجع :

Pierre BREESE : Table ronde : Enjeux et défis du commerce électronique, Gazette du-Palais-Dimanche 18 au Mardi 20 1998 30; Thierry PIETTE-COUDOL et André BERTRAND, op. du. cit. p. 184.

إبـرام العقـد
فى التجارة الإلكترونية

سمير برهان

مساعد وزير الخارجية السابق
للشئون القانونية والدولية والمعاهدات

تقديم

شهد النصف الثانى من القرن العشرين ثورة فى الاتصالات باختراع أجهزة التلكس والفاكس والكمبيوتر (الحاسوب) المتقدمة، التى أسقطت الحواجز المكانية والزمانية بين مناطق العالم المختلفة. وساهم العديد من العوامل ، مثل :

(أ) نمو شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت) ودخولها حيز الخدمة المدنية ، بعد أن كانت مخصصة للاستخدامات العسكرية للقوات المسلحة فى الولايات المتحدة .

(ب) وسهولة الدخول إلى الشبكة والتعامل معها .

(ج) وتخفيض نفقات الاشتراك فى الشبكة .

أدت هذه التطورات إلى زيادة حجم التجارة الدولية وظهور نوع جديد ومستحدث من التبادل التجارى ، بين البائعين والمشترين من مختلف دول العالم ، الذين وجدوا فى شبكة الانترنت وسيلة سهلة ورخيصة للانتشار والتسويق على مستوى العالم . فلا يحتاج البائع الآن إلا لمجرد اتخاذ موقع له على شبكة الانترنت أو إنشاء عنوان بريد إلكترونى **E-mail** ، لكى تنفتح أمامه آفاق جديدة من المعرفة والتجارة والخدمات ، ويصبح على اتصال بالعملاء من مناطق جديدة ، كان يتعذر عليه الوصول إليهم من قبل إلا بشق الأنفس ، والكثير من النفقات .

وفى المقابل انفتح المجال بيسر وبلا مشقة أو مجهود أمام المشترين للتعامل مع البائعين فى الأسواق المحلية والعالمية بضغطة واحدة على جهاز الكمبيوتر لطلب السلعة أو الخدمة المعروضة ودون الحاجة إلى الدخول فى علاقة مباشرة مع البائع ، الأمر الذى أصبح يميز التجارة الالكترونية عن التجارة التقليدية ، حتى فى أحدث مظاهرها بالتبادل التجارى عن طريق الهاتف (التليفون) حيث يظل البائع والمشترى حكماً على اتصال دائم بينهما فى مجلس العقد رغم تباعد المكان والموقع بينهما .

وقد اتخذ العديد من الحكومات والشركات والمؤسسات التجارية والمعاهد العلمية والجامعات والمستشفيات مواقعاً وعناوين الكترونية لها على الشبكة الدولية للوصول إلى العملاء والمتعاملين

معها من مختلف أنحاء العالم ، وباتت التجارة الإلكترونية أحد المظاهر الرئيسية فى النصف الثانى من القرن الماضى وأوائل الألفية الجديدة .

ويقدر حجم التجارة الإلكترونية فى أوربا خلال عام ٢٠٠١ بحوالى ١١,٨ بليون دولار ينتظر أن تصل إلى مبلغ ٥٠ مليون دولار فى عام ٢٠٠٢ . وتشير التوقعات إلى أن حجم التجارة الإلكترونية فى الولايات المتحدة عام ٢٠٠٢ سيتجاوز مبلغ ٤٢,٢ بليون دولار(١) .

وعلى ذلك سنقسم خطة البحث إلى فصلين على النحو التالى :

الفصل الأول : ونبحث فيه سمات التجارة الإلكترونية والعوامل التى ساعدت على انتشارها وأهمية التجارة الإلكترونية والطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية والمسائل القانونية التى تثار بشأنها .

الفصل الثانى : ونكرسه للقواعد المنظمة لإبرام العقد فى التجارة الإلكترونية .

الفصل الأول

ونقسمه إلى مبحثين :

نخصص المبحث الأول لخصائص التجارة الإلكترونية ، والعوامل التى ساعدت على نموها وأهميتها فى الوقت الحاضر .

ونكرس المبحث الثانى للطبيعة القانونية والمسائل القانونية التى تثار فى عقود التجارة الإلكترونية .

المبحث الأول

خصائص التجارة الإلكترونية والعوامل التى ساعدت على نموها وأهميتها فى الوقت الحاضر

أولاً – خصائص التجارة الإلكترونية :

تتميز التجارة الإلكترونية بعدد من الخصائص التى تختلف فيها وتتميز عن التجارة التقليدية :

١ – غياب العلاقة المباشرة والحميمة بين الأطراف المتعاقدة :

تدور المفاوضات بين طرفى التعاقد فى مجلس العقد للاتفاق على تفاصيل العقد المتوقع إبرامه بينهما (عقد البيع ، إيجار ، هبة .. الخ) . وقد يأخذ إبرام العقد جلسة واحدة أو عدة جلسات لحين الانتهاء من الاتفاق على كل التفاصيل اللازمة . أما فى عقود التجارة الإلكترونية ، فلا يكون هناك مجلس للعقد بالمعنى التقليدى ، أو مفاوضات جارية للاتفاق على شروط التعاقد ، لأن البائع يكون فى مكان والمشترى قد يبعد عنه بآلاف الأميال ، كما قد يختلف التوقيت الزمنى أيضًا بين مكانى المشترى والبائع رغم وجودهما على اتصال عن طريق أجهزة الكمبيوتر أو بين إرسال الرسالة الإلكترونية وتلقيها من المرسل إليه بسبب عدم إنزال الرسائل من على الشبكة أو التأخر فى إرسالها لتعطل الشبكة .

بل قد يغيب العنصر البشرى تماماً وتتراسل الأجهزة فيما بينها وفقاً للبرامج المعدة لها التى تقوم – فى بعض الشركات– بجرد المخزون من سلعة معينة، وتضع أوامر جديدة للشراء للموردين ، إذا نقص المخزون عن حد معين ، الذين تقوم أجهزة الكمبيوتر لديهم باستلام أوامر الشراء وتنفيذها وإرسال فواتير البيع دون تدخل العنصر البشرى .

٢ – وجود الوسيط الإلكترونى :

وهو جهاز الحاسوب (الكمبيوتر) لدى كل من الطرفين المتعاقدين ، والمتصل بشبكة الاتصالات الدولية التى تقوم بنقل التعبير عن الإرادة لكل من الطرفين المتعاقدين فى ذات اللحظة رغم تباعد المكان والموطن الذى يقيمون فيه .

وعادة ما تصل الرسالة فى ذات الوقت إلى المرسل إليه ، إلا أنه إذا حدث عطل فى الشبكة أو انهيار لها فقد لا تصل الرسالة أو تصل مغلوطة أو غير مقروءة .

وقد تخصص عدد من الشركات – مثل شركات ميكروسوفت الأمريكية وبعض الشركات الأخرى فى أوربا واليابان – فى إعداد البرامج المتوافقة مع أجهزة الكمبيوتر فى مجالات المحاسبة والإعلان والتسويق وخدمات البيع والعديد من الخدمات الأخرى التى لا تقع تحت حصر ، مما ساهم فى سرعة إنجاز الأعمال بأقل تكلفة ممكنة ، وسهل على الشركات والأفراد التحول من النظام المكتبى الروتينى إلى استخدام الكمبيوتر فى كل ما يمكن توفيره من عمليات .

٣ – السرعة فى إنجاز الأعمال ، وتلافى العديد من الأوراق المكتبية التى كانت تصاحب أوامر البيع والشراء وشحن البضاعة . غير أن الأمان فى إرسال الرسائل عن طريق الكمبيوتر مازال مشكلة قائمة لم يتم التغلب عليها كلية ، لأن البعض من الأشخاص تخصصوا فى الدخول على الحسابات وإرسال الرسائل المغلوطة ، وتوافرت لهم المعرفة التقنية التى ساعدتهم على الدخول إلى حاسبات البنوك والحكومات ، أو سحب أموال من حسابات عملاء من البنوك بإرسال أوامر إلى الكمبيوتر المركزى فى البنوك لعمل عمليات نقل مصرفى أو غيرها من حساب إلى آخر أو تحويل أرصدة من داخل البلاد إلى خارجها . بل أن الأمر ذهب إلى أبعد من ذلك بدخول هؤلاء القراصنة إلى أجهزة الحسابات المركزية لبعض المراكز الحساسة مثل أجهزة المخابرات والقوات المسلحة(٢) .

ثانياً – العوامل التى ساعدت على نمو التجارة الإلكترونية :

ساعد على انتشار التجارة الإلكترونية فى الحاضر ، وما يُنتظر أن تكون عليه من تعاظم خلال المستقبل القريب ، العوامل التالية :

١ - التوسع فى استعمال النقود البلاستيكية :

انتشر خلال النصف الأخير من القرن الماضى استعمال كروت الائتمان ، أو ما يطلق عليه «النقود البلاستيكية» التى تصدرها الكثير من البنوك والمؤسسات المالية مثل كروت الفيزا كارد ، والأمريكان اكسبريس .. وغيرها ، والتى يمكن للشخص استخدامها فى عمليات الشراء والبيع وتغنيه عن استخدام النقود الورقية أو المعدنية ، مما سهل عمليات التداول ، وساعد البنوك على زيادة الائتمان والتوسع فى الإقراض . ومما سهل للأفراد الإقبال على هذا النوع من النقود ، الحماية التى تكفلها عند ضياع الكارد الذى يستطيع حامله الاتصال بالبنك أو المؤسسة المُصدرة له ووقف استخدامه ، مما يعطى قدراً من الحماية للحامل الأصلى عند الإبلاغ بضياعه ، ويُعرض من استحوذ عليه بطريق غير مشروع للمسئولية الجنائية ؛ فضلاً عن أن هذه الكروت تمنح حاملها مدة ائتمان يستطيع الحامل أن يسدد خلالها مسحوباته دون فوائد على أن تسرى الفوائد بعد فترة زمنية معينة (شهر أو ٤٥ يوماً) .

٢ - التطور الكبير فى استخدام الحاسبات وبرامجها :

تطورت أجهزة الحاسبات وظهرت أجيال جديدة تتميز بالسرعة والكفاءة والبساطة فى الاستخدام ، وتكونت شركات متخصصة فى إنتاج وابتكار برامج الحاسب التى تستطيع القيام بعمليات كثيرة واستخدامات متعددة فى مجالات الزراعة والصناعة والتعليم والبحث العلمى والألعاب الترفيهية ، وغيرها من مجالات الفكر والنشاط الإنسانى ، وأدى اختراع شركة مايكروسوفت لنظام وبرنامج النوافذ إلى تيسير استخدام الحاسب على الأشخاص العاديين بعد فترة تدريب قصيرة مما أدى إلى ذيوع استخدام الحاسبات فى البنوك والشركات والأجهزة الحكومية وغيرها ، وبين الأفراد وطلبة المدارس والجامعات .

٣ - اتساع شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت) :

نشأت شبكة الإنترنت أول ما نشأت كشبكة معلومات سرية خاصة بالاستخدامات العسكرية للقوات المسلحة فى الولايات المتحدة الأمريكية ، ثم انتقلت ملكية الشبكة إلى القطاع المدنى ، وتم توسعتها وزيادة قدراتها وإمكانياتها ، واستحداث استخدامات جديدة لها ، مثل البريد الإلكترونى والمواقع الإلكترونية المتخصصة على الشبكة وقد أتاح إنشاء المواقع الالكترونية والبريد الالكترونى

على الشبكة سهولة ويسراً فى الاتصالات بين مختلف المناطق الجغرافية فى العالم مما لفت نظر الشركات والمؤسسات التجارية إلى أهمية استخدام الشبكة فى توسيع حجم السوق وتسويق السلع والخدمات عن طريق الإنترنت ، واتسع حجم التجارة الإلكترونية بمعدل سريع وأصبح فى الإمكان شراء الكتب وأجهزة الموسيقى والسيارات ، وتقديم خدمات الإسعاف والاستشارات عن طريق شبكة الإنترنت .

٤ – الاستخدام الواسع للغة الإنجليزية فى أعمال التجارة الدولية وبرامج الكمبيوتر وشبكة الإنترنت ، والتى باتت لغة رجال الأعمال والبنوك المهيمنة والمسيطرة على عملياتها المختلفة . وقد ساعد على ذلك بروز الاقتصاد الأمريكى كأقوى اقتصاد عالمى فى هذه المرحلة التاريخية من النمو الاقتصادى العالمى ، والذى تواكب مع كون أن أكبر الشركات المنتجة لأجهزة الكمبيوتر IBM وكذلك أكبر شركة للبرامج مايكرو سوفت هما شركتان أمريكيتان .

ثالثاً – أهمية التجارة الإلكترونية :

تتمثل أهمية التجارة الإلكترونية ، بالنسبة للمنشآت والمؤسسات التى تستخدمها ، فى العناصر الآتية :

١ – تقليل المخزون من البضائع ، حيث يمكن تنظيم الإنتاج ليواجه الطلبات المتوقعة أو أوامر الشراء ، بما يقلل من تكلفة الإنتاج ، ونفقات التخزين ، والحفاظ على مستوى السلع الراكدة فى حده الأدنى ، ويزيد فى الأرباح وكفاءة التشغيل للمؤسسة أو المنشأة .

٢ – ضغط حجم الأوراق والأعمال المكتبية ، باستخدام الحاسب فى تخزين المعلومات ومراقبة الإنتاج وأعمال المخازن وتوفير السجلات والدفاتر التجارية ، وأمكن بالتالى حسن توجيه العمالة إلى الأعمال الإنتاجية المتخصصة ، وقد كان لاستحداث أجيال من الحاسبات ذات الذاكرة المتسعة التى تحتفظ وتخزن وتسترجع كل المعلومات اللازمة فى أقصر وقت ، فضلاً عن اتصالها بشبكة المعلومات التى تعمل كمركز معلومات كامل يستطيع تزويدها بكل المعلومات اللازمة عن موضوع ، أو قرار ، أو قضية معينة بيسر وسرعة .

٣ – الربط بين أجهزة وفروع المؤسسات والهيئات المختلفة بأقل تكلفة ، فقد أصبح فى الإمكان – عن طريق الحسابات الأساسية والأجهزة الطرفية – إقامة نظام فعال للاتصال لإصدار القرارات ، ومراقبة التنفيذ بين الشركة الأم وفروعها المختلفة ، أو بين أجهـزة الحكومة المتعددة ، بما يحقق الكفاءة فى اتخاذ القرار والسرعة فى إنجاز الأعمال ، ومراقبة التنفيذ .

المبحث الثانى

الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية والمسائل القانونية التى تثار بشأنه

أولاً - الطبيعة القانونية لعقد التجارة الإلكترونية :

يمر عبر شبكة الإنترنت يومياً الآلاف من العقود التى تبرمها الأطراف المتعاقدة ، من بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات ، الأمر الذى يدعونا إلى تحليل هذه العقود وإمعان النظر فى طبيعتها وتصنيفها كعقود رضائية ، تخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضى بين الأطراف المتعاقدة ، أو عقود إذعان لا يكون لأحد الأطراف فيها حرية الإرادة التى تمكنه من التفاوض حول شروط العقد ، ولا يكون له إلا الاستجابة للشروط الموضوعة من الطرف الآخر ، دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها ، مما يقربها إلى عقود الإذعان مثل الغاز والكهرباء والنقل . وهناك نظريتان فى هذا الموضوع :

١ - العقود الإلكترونية من طبيعة عقود الإذعان(٣) :

يرى بعض الفقه فى القانون الإنجليزى أن عقود التجارة الإلكترونية هى بمثابة عقود إذعان ، وإن لم يصرح بذلك صراحة على اعتبار أن المتعاقد لا يملك إلا أن يضغط فى عدد من الخانات المفتوحة أمامه فى موقع البائع ، أو المشترى ، على المواصفات التى يرغب فيها من السلعة وعلى الثمن المحدد سلفاً ، الذى لا يملك مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر ، وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية .

٢ - العقود الإلكترونية عقود رضائية(٤) :

غير أن وجهة النظر هذه تستبعد الشروط الأخرى فى عقد الإذعان الذى هو عادة من عقود الاحتكار والمنافسة الضيقة ، مثل عقود توريد الكهرباء والغاز والمياه التى تمس مصلحة حقيقية

وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها بسهولة ، فى الوقت الذى يوجد محتكر وحيد أو عدد قليل من المنتجين لهذه السلعة الذين يقومون بتحديد أسعار بيعها للمستهلك .

والرأى عندنا أن مبدأ الرضائية مازال يسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها ، وأن حرية الأطراف المتعاقدة لم تتواضع لتكون مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفًا ، فيجوز لأحد الأطراف شراء السلعة من منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة ، لأن هناك عدداً كبيراً من البائعين والمشترين الذين يتعاملون فى السلعة ، فإذا ما أراد أحد الأشخاص شراء سيارة فهناك عدد كبير من منتجى السيارات ذات الأشكال والأحجام والقدرات المختلفة ، وعليه فإن تفصيل الشروط التى يضعها العارض إنما هى تحليل للإيجاب أو للدعوة إلى المتعاقد وتبسيطه إلى طلبات وأوامر صغيرة تستجيب لكل صفة من صفات المنتج بغرض تقليل الزمن والمجهود وتسهيل عمليات البيع والشراء التى تتم عادة عن طريق أجهزة الكمبيوتر ، فإذا أراد أحد المشترين شراء سيارة ٤ سلندر من لون أسود ، فعليه البحث عن المنتجين الذين ينتجون هذه النوعية من السيارات، فورد ، فولكس فاجن ، فيات ، بيجو ، رينو ، مرسيدس .. وغيرها . وعليه أن يحدد نوع السلندرات المطلوبة ، ١٤٠٠ ، ١٦٠٠ ، ١٨٠٠ .. ثم يحدد اللون ، أسود ، أحمر .. أو غيره / ثم يحدد النوع ، ليموزين ، كوبيه ، ٤ أبواب أو بابين ، أو غيرها .. ويضغط على المفتاح المناسب فى قائمة الطلبات التى يعرضها المنتج حتى يستقر على نوع السيارة المطلوبة .. ثم يضغط على مفتاح القبول النهائى بعد ظهور ثمن السيارة المحدد بتلك المواصفات وبذلك تتم عملية البيع والشراء دون تدخل العنصر البشرى عادة .

وإذا كنا أوضحنا أن عقد التجارة الإلكترونية عقد رضائى ، مثله مثل عقود البيع والإيجار لتقديم سلعة أو خدمة ، فإننا سنحاول أن نحدد ماهية عقد البيع فى التجارة الإلكترونية الذى يعد أوسع العقود مجالاً فى الحياة العملية ويشكل الغالبية العظمى من العقود التى تتم على شبكة الإنترنت، وتتجاذب الفقه والقضاء ثلاثة اتجاهات :

(أ) العقد الإلكترونى إما أن يكون عقد بيع سلعة أو عقد بيع خدمة :

وقد حكمت محكمة الاستئناف فى انجلترا فى قضية **St. Albans City**(٥) **and District Council V. International Computer Ltd.** بأن عقد بيع برنامج الكمبيوتر المسجل على قرص **Disk** يندرج ضمن عقود بيع البضائع فى حين أن برنامج الكمبيوتر ذاته **per se** لا يعد كذلك لأنه نتاج النشاط الذهنى وحق من حقوق الملكية الفكرية لصاحبه . واستندت المحكمة إلى أن

التعريف الوارد فى قانون بيع البضائع الإنجليزى لعام ١٩٧١ وقانون توريد البضائع والخدمات لعام ١٩٨٢ يسمحان بإدخال الأقراص دون البرنامج على تعريف البضائع الواردة فيهما .

ويقوم هذا التعريف على التفرقة والتمييز بين القرص كشيء مادى يمكن أن يكون محلاً للتداول كسلعة ، وبين البرنامج المسجل عليه الذى هو حق من حقوق الملكية الفكرية وهى تفرقة تبدو غريبة وغير منطقية ، لأنه لا يمكن الفصل بين البرنامج والقرص المسجل عليه ، لا سيما وأن القرص والبرنامج المسجل عليه يباع بثمن واحد للمستهلك دون أن يفكر البائع أو المشترى فى أن يحدد لأى منهما سعراً مختلفاً

(ب) العقد الإلكترونى عقد بيع سلعة :

انتقد الفقه فى انجلترا التفرقة التى جاءت فى حكم قضية سان البان باعتبارها تفرقة غير منطقية لأنها تسمح بالتفرقة بين منتجات إلكترونية ذات طبيعة واحدة وإخضاعها لأحكام قانونية مختلفة لمجرد اختلاف وسائط البيع **medium** التى يتم بها . فبرامج الكمبيوتر التى تباع إلى المشترين على أقراص **Floppy disks** تعد سلعًا فى حين أن البرامج المنقولة مباشرة على شبكة الإنترنت أو فى أى نظام اتصالات مشابه تعد خدمة .

ويعد هذا الانتقاد فى رأينا صائبًا ، لأنه لم يعد يمكن التفرقة بين القرص المرن والبرامج المسجلة عليه ، وتتم عملية البيع والشراء على الاثنين معاً .

وقد تداركت محكمة الاستئناف فى الولايات المتحدة هذا الخلط فى قضية **Advent Systems Limited v. Unisys Corp** واعتبرت أن هناك اتجاهاً قوياً لاعتبار كل البرامج والأقراص المدمجة وغيرها المنتجة لأغراض السوق الكبير هى بضائع .

(ج) عقد البيع الإلكترونى من طبيعة خاصة **Sui Generis** :

أخذ بهذا المعيار القضاء الاسكتلندى فى قضية **Beta Computer[٦] (Europe) Ltd, v. Adobe Systems (Europe) Ltd.** فقد أخذت المحكمة بوجهة النظر القائلة بأن عقد بيع الأقراص **disks** ليس مجرد عقد بيع أقراص وحده وليس عقد تقديم خدمات (معلومات) بوصفها نتاجاً ذهنياً ، ولكن العقد يعد عقداً مركباً لشراء منتج مركب يتكون من الوسيط والمعلومة المسجلة عليه أو فيه ، والتى تمثل حقوق الملكية الفكرية للمؤلف ، وعلى هذا فيعد العقد من طبيعة خاصة[٧] .

ونرى أن عقد الملكية الفكرية قد اندمج مع عقد بيع الاسطوانة المرنة وأصبح الاثنان يكونان شيئاً واحداً هو محل العقد الذى يرد عليه عقد البيع .

ثانياً – المسائل القانونية التى تثار فى عقد التجارة الإلكترونية(٨) :

تتم التجارة الإلكترونية بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس للعقد ، وقد يكونان فى دولة واحدة أو فى دولتين مختلفتين مما يثير المسائل التالية :

أولاً – اعتبار الإعلان عن السلعة على الموقع الالكترونى إيجاباً أو مجرد دعوة إلى التعاقد(٩) :

علمنا أن العقد ينعقد بصدور إيجاب من الموجب أو عرض لبيع أو شراء سلعة ما يوجه إلى الجمهور ، فهل يعد الإعلان على الشبكة الالكترونية إيجاباً باتاً ينعقد بموجبه العقد إذا تلاقى مع القبول ، أو أنه مجرد دعوة إلى التعاقد مثاله مثل الشخص الذى يضع سلعة فى نافذة متجره أو وقوف سيارة أجرة فى المكان المخصص لذلك ؟

وفى عقود التجارة الإلكترونية يميل الفقه إلى اعتبار الإعلان عن السلعة فى الموقع الإلكترونى أو فى البريد الإلكترونى بأنه ليس إيجاباً باتاً ، إنما هو دعوة إلى التعاقد من الطرف الأول وتكون الاستجابة من الطرف الثانى بقبوله الدعوة أو العرض هو الإيجاب الحقيقى الذى إذا لاقى قبولاً من الطرف الأول يتم به انعقاد العقد .

والعقود الإلكترونية التى تتم على شبكة الإنترنت تكون عادة متضمنة شرطاً صريحاً أو ضمنياً هو توافر العدد الكافى من السلعة لدى البائع لأن البائع لن يكون فى مقدوره الاستجابة إلى كل طلبات الشراء من كل أنحاء العالم .

ومن ثم فإن صياغة إعلان الدعوة إلى التعاقد أو العرض يتعين أن تكون فى غاية الوضوح والدقة حتى لا تعد إيجاباً ويصبح الموجب مسئولاً عن الإخلال بالعقد إذا تلاقى القبول بالإيجاب .

ثانياً : القواعد المقيدة للصادرات أو الواردات :

تضع بعض الدول حظراً على تصدير السلع والبضائع أو الخدمات إلى دول معينة ، مثل القيود التى تضعها الولايات المتحدة على تصدير السلع الأمريكية إلى دول كوبا ، والعراق ، وليبيا ، وكوريا الشمالية . ولما كان المشترى من إحدى هذه الدول يستطيع – عن طريق الإنترنت –

وضع طلب لشراء بضائع أمريكية ، فإن قبول البائع الأمريكى يترتب عليه مسئولية مخالفة قواعد الصادرات الأمريكية التى هى من قواعد النظام العام الأمريكى .

ولهذا يتعين أن يتحرز المصدر الأمريكى بأن يضع شروطاً فى الدعوة إلى التعاقد التى يضعها فى موقعه على شبكة الإنترنت تبين بجلاء ووضوح أن هذه البضائع لا تصدر إلا إلى مناطق معينة أو إلى أشخاص من جنسية غير محظور التعامل معهم ، أو قاصرة على الأشخاص الأمريكية وحدها حتى لا يعرض التاجر الأمريكى نفسه لعقوبة مخالفة قوانين حظر التصدير الأمريكية .

كما قد يضع التاجر الأمريكى شرطاً إضافياً بإمكان الرجوع فى التعاقد (خيار الرجوع) إذا ثبت أن مصير البضائع الأمريكية سيؤول إلى شخص طبيعى أو اعتبارى محظور عليه التجارة مع الولايات المتحدة الأمريكية . وعادة ما يكون لكل كمبيوتر متصل بالشبكة عنوان دائم أو مؤقت يمكن عن طريقه الوصول إلى دولة الأصل ، إلا أنه ببعض الوسائل الإلكترونية يمكن إخفاء دولة الأصل عن طريق سلسلة من العناوين الإلكترونية بما يلقى على التاجر عبء أن يقوم بفحص العنوان كوسيلة تحقيق أولى . وعلى العموم يمكن أن تتحقق المحكمة التى يثار أمامها النزاع من أن التاجر قد بذل عناية الشخص المعتاد فى التحرى عن عنوان المشترى ، وأن المشترى هو الذى قام عن قصد وبسوء نية بإخفاء شخصيته الحقيقية وعنوانه ويعد مرتكباً لجريمة التدليس أو الغش وفقاً للنظام القانونى المعنى .

ثالثاً – الأنشطة غير المشروعة أو المقيدة :

قد تكون بعض الأنشطة المعروضة على شبكات الإنترنت مسموحاً بها فى بعض المناطق أو الدول ، وغير مسموح بها فى بعض الدول الأخرى ، مثل أنشطة القمار والأفلام المخلة بالآداب **pornography** . وقد حكم القضاء فى عدد من القضايا ، وخاصة فى الولايات المتحدة ، بمسئولية المواقع التى توجه عن قصد أنشطتها إلى داخل تلك الدول أو الولايات لمخالفته لقواعد النظام العام للدولة أو الولاية المعنية .

ففى قضية **Minnesota v. Granite Gate Resorts** اتصل عدد من مواطنى ولاية مينسوتا بأحد المواقع التى تعلن عن القمار فى ولاية نيفادا الأمريكية المشهورة بأندية القمار ، وأعلنت المحكمة فى مينسوتا اختصاصها على أساس أن المدعى عليه قد قصد الاتجار داخل ولاية مينسوتا عن طريق موقعه على شبكة الإنترنت[١٠] .

وفى قضية US. v. Thomas[١١] حكمت المحكمة الفيدرالية فى ولاية تينسى باختصاصها ، وطبقت القانون المحلى وحكمت ضد موقع على شبكة الإنترنت يمتلكه شخص فى ولاية كاليفورنيا يقوم بتقديم الأفلام المخلة بالآداب ولا يعفى الموقع من الخضوع لقضاء الطبيعة السلبية للموقع على الإنترنت وبعدم تحقيق أرباح من وراء الإعلان عنه على الشبكة .

وفى قضية Playboy Entriprises Inc. v. Chueklebery Publshing Inc[١٢] حكمت المحكمة بأن موقع الإنترنت يمكن مشاهدته باعتباره إعلاناً دعائياً ويتم من خلاله توزيع الصور فى الولايات المتحدة . وأن المواطن المحلى عندما يُنزل هذه الصور على جهاز الكمبيوتر بترتيب يماثل إرسال الصور إلى الولايات المتحدة وليس كما يدعى الخضوع بعدم التماثل ، وأنه بدعوة المستخدمين للكمبيوتر فى الولايات المتحدة لإنزال هذه الصور من الموقع يكون هذا الموقع سبباً ومساهماً فى توزيع هذه الصور فى الولايات المتحدة ما يرتب اختصاص المحكمة الأمريكية .

ويجوز لصاحب الموقع أن يضع قيداً أو شرطاً لإنزال البرنامج من الموقع بأن مشاهدته أو إنزال الصور منه يقتصر على الأشخاص من دولة معينة ، ويخلى مسئوليته من إنزال هذه الصور أو الأفلام فى دولة أخرى ، بشرط أن يكون تصرف صاحب الموقع اللاحق خالياً من الغش أو الخداع .

ففى قضية Granite Gate فبالرغم من أن صاحب الموقع قد وضع قيداً على إنزال واستخدام الموقع إلا بموافقة السلطات المحلية فقد حكمت المحكمة بأن التصرف اللاحق لصاحب كان بغرض الوصول وتحقيق الأرباح من المواطنين فى ولاية مينسوتا .

رابعاً – البيع إلى ناقصى الأهلية :

تنظيم القواعد القانونية فى الدول المختلفة حماية ناقصى الأهلية بجعل العقود التى يبرمها هؤلاء قابلة للإبطال لمصلحتهم[١٣] . وفى عقود التجارة الإلكترونية تتعارض مصلحتان :

الأولى مصلحة القاصر فى إبطال تعاقده وفقاً للقواعد العامة ؛ و

الثانية : مصلحة التاجر أو المتعاقد مع القاصر بحسن نية ، الذى يرى انهيار عقوده إذا طعن القاصر فى العقد بالإبطال ؛ لا سيما وأن التاجر فى عقد البيع الإلكترونى ليس فى مقدوره التيقن من عمر المتعاقد الآخر معه فى كل حالة ، وإذا ما طالبناه بذلك ، نكون قد حملناه بما لا يطيق .

وعلى ذلك يفرق القضاء الإنجليزى بين حالتين :

(أ) العقود البسيطة التى يبرمها القاصر عبر شبكة الإنترنت مثل شراء الكتب أو الاسطوانات والأطعمة وغيرها من السلع ، وهى لا يجوز الحكم بإبطالها .

(ب) أما العقود الأخرى ذات القيمة الكبيرة مثل السيارات والشقق السكنية والعقارات وغيرها فإنها تخضع للأصل العام بإبطال هذه العقود لمصلحة القاصر حتى ولو تضرر التاجر أو المتعاقد مع القاصر انصياعاً لأحكام النظام العام .

غير أنه لاختلاف دولة القاصر عن دولة التاجر واشتراط التجار فى كثير من عمليات البيع التى تجرى على الإنترنت تسديد ثمن المشتروات قبل إرسال البضائع عن طريق كروت الائتمان وغيرها فقد يصبح من المتعذر رفع دعوى الإبطال فى دولة التاجر لما يتكلفه ذلك من مشقة وكلفة على القاصر ، لأن على القاصر أن يذهب إلى التاجر فى دولته لمقاضاته وفقاً لقواعد المرافعات .

وعلى ذلك فإنه يجدر بالمتعاملين على شبكة الإنترنت وضع شرط يسمح بالتحقق من سن المتعاقد الآخر وأهليته بحيث إذا ما ارتكب القاصر غشًا أو تدليساً يجوز للمتعاقد الآخر معه عند إبطال العقد مطالبته بالتعويض(١٤) .

خامساً – عقود الموظفين :

يرتبط الموظف مع رب العمل – فرداً أو شركة – برابطة تعاقدية أو نظامية يتم بمقتضاها تحديد اختصاصات الموظفين فى التعامل مع الغير باسم الجهة التى يتبعونها . فإذا تصرف الموظف وفقاً للاختصاص الممنوح له كان تصرفه سليمًا ورتب آثاره فى ذمة رب العمل . أما إذا تصرف الموظف بخلاف ذلك وخارج نطاق اختصاصه ، جاز لرب العمل أن يتنصل من العمل ، بما قد يضر بالمتعاقد حسن النية مع الموظف .

وفى القانون الإنجليزى فإنه إذا كان الوضع الظاهر يشير إلى أن الموظف يتصرف وفقًا لاختصاصاته فإن عقوده تعد سارية ونافذة فى حق رب العمل(١٥) بصرف النظر عن حقيقة وضع الموظف وتصرفه وفقًا للاختصاص المحدد له من عدمه . ويسير القانون الأمريكى على ذلك المنوال(١٦) .

وعلى هذا يتعين على أرباب الأعمال فى العقود كبيرة القيمة أن يعلنوا بوضوح على الشبكة حدود تصرفات الموظفين المخولين بتوقيع العقود حتى يكون الغير على علم بتلك الاختصاصات .

ومن ثم فإن العقد فى التجارة الإلكترونية يتعين :

أولاً : صياغته بدرجة من الدقة والوضوح بحيث يعبر عن نية وقصد صاحب الموقع على الشبكة أو البريد الإلكترونى بتوضيح إما أن العقد دعوة إلى التعاقد لا ترتب التزاماً ، أو أنه إيجاب بات موجه إلى الجمهور به ينعقد العقد .

ثانياً : الإعلان عن كل الشروط المقيدة للدعـــوة إلى المتعـــاقد أو الإيجـــاب (قيود الاستيراد أو التصدير أو حظر البيع للقصر ، أو اختصاصات القائمين بالتنفيذ من الموظفين) حتى لا تترتب مسئولية المتعاقد فى حالة الإخلال بالتعاقد أو الخروج عن مقتضيات النظام العام .

الفصل الأول

إبرام العقد

نتناول إبرام العقد فى النظرية التقليدية وفى قانون الأونسترال النموذجى ومشروع القانون المصرى للتجارة الإلكترونية وذلك وفقاً للتفصيل التالى :

(أ) النظرية التقليدية :

يتم إبرام العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة وبالإشارة المتعارف عليها ، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود(١٧) .

ويتم التعبير عن الإرادة بإيجاب من أحد الأطراف وقبوله من الطرف الآخر مساو للإيجاب دون إدخال أي تغيير عليه ، وإلا اعتبر إيجاباً جديداً يستأهل قبولاً من الموجب الأول ، ولا ينعقد العقد إلا بموافقة الطرف الأول عليه(١٨) .

وينتج التعبير أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وُجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ، وقد أخذ القانون المصرى بنظرية العلم بالقبول ، فلا ينعقد عقد البيع – على سبيل المثال – إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب له(١٩) .

(ب) إبرام العقد فى القانون النموذجى للأونيسترال :

تنص المادة ١١ بشأن تكوين العقود وصحتها على أنه :[فى سياق تكوين العقود ، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض ،

وعند استخدام رسالة بيانات فى تكوين العقد ، لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك العرض] .

ونستخلص من هذه المادة القواعد التالية :

١ - مبدأ رضائية عقد التجارة الإلكترونية :

أن تكوين العقد فى قانون الأونيسترال مازال يخضع لحرية الأطراف المتعاقدة عن طريق الإيجاب والقبول (العرض وقبول العرض) سواء أكان العقد بيعًا أو إيجاراً أو عقد خدمات مثل خدمات الاستشارات القانونية أو الطبية أو غيرها . ولا يعد القبول - فى رأينا - فى عقد الأونيسترال إذعانا لمشيئة الطرف الآخر .

٢ - جواز استخدام رسالة البيانات كتعبير مقبول عن الإرادة :

جواز أن يكون التعبير عن الإرادة - بالإضافة إلى الوسائل التقليدية[٢٠] كالكتابة أو التعبير الشفهى والإشارة المتداولة - برسالة بيانات.

وقد عُرفت رسالة البيانات فى المادة الأولى من القانون بأنها : «المعلومات التى يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة ، بما فى ذلك - على سبيل المثال لا الحصر - تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكترونى، أو البرق أو التلكس ، أو النسخ البرقى .

ومعنى ذلك أنه يجوز أن يكون الإيجاب والقبول عن طريق إرسال إشارة الكترونية من جهاز كمبيوتر إلى جهاز آخر أو عن طريق رسالة تلكس أو رسالة فاكس أو غير ذلك من الوسائل التى قد يبتكرها العلم الحديث .

ويجوز للأطراف أن تعتبر هذه الوسائل المستحدثة رسائل أصلية دون الحاجة إلى تعزيزها برسائل بريدية أو رسائل مكتوبة ، كما يجوز لهذه الأطراف الاتفاق على ألا تكون لهذه الرسائل أثر إلا إذا عُززت بوسيلة أخرى كتابية ، ولا ينعقد العقد إلا بوصول الرسالة المؤيدة للإيجاب أو القبول. ويكون الأثر القانونى للرسالة الأولى أنه مجرد دعوة إلى التعاقد تفقد كل قيمة قانونية لها إذا لم تعززها رسالة أخرى خلال زمن معين يُتفق عليه . كما يجوز للأطراف الاتفاق على أنه إذا

اعتبرت الرسالة الإلكترونية رسالة ذات أثر قانونى أن ينمحى كل أثر قانونى لهذه الرسالة إذا وصلت ناقصة أو مشوشة أو مغلوطة أى إذا انقطع الاتصال ولو لمدة قصيرة أثناء الإرسال تكفى لإحداث الشك فى سلامة الرسالة ، ويقع على عاتق الطرف المستقبل إثبات أن الرسالة وصلت بهذه الطريقة غير السليمة وفقاً للقواعد العامة للإثبات ، فالبينة على من ادعى .

٣ - اعتراف الأطراف برسائل البيانات :

تنص المادة ١٢ من القانون النموذجى على أنه : «فى العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانونى أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات» .

ويتبين من ذلك مايلى :

(أ) فى العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية والمرسل إليه فإن التعبير عن الإرادة فيما بينهما يظل محتفظاً بقيمته ، وتترتب عليه آثاره القانونية بإنشاء الالتزام أو تعديله أو إلغائه وفقاً لقاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» .

(ب) فى خارج العلاقة بين الأطراف لا يترتب على الالتزام آثاره بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص والدائنين إلا وفقاً للقواعد العامة(٢١) .

٤ - إسناد رسائل البيانات :

تنص المادة ١٣ من القانون النموذجى على :

١ - تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ ويترتب عليه أثرها القانونى وتلزمه ، إذا كان :

(أ) هو الذى قام بإرسالها بنفسه على جهاز الكمبيوتر ، وليس معنى هذا أن يقوم الشخص بالضرورة بإرسال الرسالة بذات شخصه ، فإنه يكفى - فى رأينا - أن يقوم الشخص بإصدار أوامره بإرسال الرسالة على الجهاز المرسلة منه ، كما لو كان الشخص رئيس مجلس الإدارة فى شركة يختص بالموافقة على العقود بها .

(ب) إذا كان من أرسل الرسالة يعمل نائباً عن المنشئ سواء أكان نائباً قانونياً كالولى على القاصر ، أو نائباً اتفاقياً ، كالوكيل كما لو كان الشخص يعمل كرئيس مجلس إدارة الشركة أو العضو المنتدب لها ، أو نائباً قضائياً كالسنديك بالنسبة للشركة تحت الإفلاس .

(ج) إذا كانت الرسالة قد أرسلت من غير تدخل العنصر البشرى عن طريق برنامج أعده المنشئ أو نائبه للعمل تلقائياً بمجرد تلقى رسالة من الجهاز الآخر أو من الطرف الآخر .

وقد اعتبر القانون النموذجى أن إرسال الرسالة من المنشئ أو من نائبه أو من جهاز تحت سيطرته قرينة قانونية على إسناد الرسالة إلى المنشئ ذاته، غير أن هذه القرينة تقبل إثبات العكس ، ويقع على المنشئ ذاته فى العلاقة بينه وبين الطرف الآخر إثبات أنه لم يقم – سواء بالذات أو بالواسطة – بإنشاء هذه الرسالة ، بل هى رسالة من شخص ثالث تدخل بطريقة غير مشروعة فى إرسالها ، أو أنها وصلت مغلوطة .

٢ – افتراض أن الرسالة مُلزمة للمنشئ فى العلاقة بينه وبين المرسل إذا :

(أ) طبق المرسل إليه تطبيقًا سليمًا من أجل التأكد من أن رسالة البيانات ، قد صدرت عن المنشئ بإجراء سبق أو وافق عليه المنشئ لهذا الغرض ؛ أو

(ب) كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن ، بحكم علاقته بالمنشئ أو بأى وكيل للمنشئ ، الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلاً .

من هذا يتبين أن القانون النموذجى يفترض صحة رسالة البيانات المُرسلة من المنشئ إلى المرسل إذا كان المرسل إليه قد نفذ التعليمات التى سبق وأن أصدرها له منشئ رسالة البيانات بحذافيرها ، وأن رسالة البيانات ، رغم أنها لم تصدر من المنشئ إلا أن الشخص الذى أرسلها للمرسل إليه كان فى وضع يسمح له ، بحكم علاقته بالمنشئ أو بوكيله (موظف لديه ، أو وكيلاً عنه) من استخدام الطريقة المتفق عليها بين المنشئ والمرسل إليه . وهذا بالطبع يفترض حسن النية بالنسبة لهذا الشخص فلا يكون قد توصل إلى تلك الطريقة بوسيلة غير مشروعة أو عن طريق الغش ، ففى هذه الحالة لن يمكن نسبة الرسالة إلى المنشئ ويقع على المنشئ إثبات أن الرسالة لم تصدر عنه بطريقة مشروعة ، بل أرسلت عن طريق السرقة أو الغش والخداع .

٣ – يجوز نفى هذا الافتراض فى العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه إذا :

(أ) تسلم المرسل إليه إشعاراً خطياً أو شفوياً ، أو رسالة ، بأى وسيلة كانت بالفاكس أو التلكس تفيد أن رسالة البيانات المرسلة عن طريق الكمبيوتر ، لم تصدر عن المنشئ أو نائبه القانونى ، وأن تصل تلك الرسالة إلى المرسل إليه فى وقت مناسب يستطيع التصرف فيه على هذا الأساس . إنما إذا كانت الرسالة النافية قد وصلت فى وقت متأخر بحيث

قام المرسل إليه بإرسال القبول أو الإيجاب حسبما تكون الحالة فإن المنشئ تظل مسئوليته قائمة فى العلاقة بينه وبين المرسل إليه .

(ب) أن المرسل عرف فعلاً أو حكمًا أو كان يستطيع أن يتصرف على حقيقة الرسالة إذا استخدم جهداً أو عناية معقولة ، أو استخدم طريقة للأمان متفقاً عليها بين المنشئ والمرسل إليه للتحقق من صحة إرسال الرسالة من أى منهما إلى الآخر . فإذا لم يبذل المرسل إليه عناية معقولة أو استخدم وسيلة الأمان المتفق عليها وعند قيام الشك فى طبيعة الرسالة ، لم يكن من الجائز نسبة الرسالة إلى المنشئ ويظل المرسل إليه مسئولاً قانوناً عن الأثر الناتج عنها .

٣ - نسبة الرسالة السليمة إلى المنشئ :

تنص المادة ١٢ - ٥ على أنه : «عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما تعتبر أنها صادرة عن المنشئ أو عندما يكون من حق المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض . يحق عندئذٍ للمرسل إليه فى إطار العلاقة بين المنشيء والمرسل أن يعتبر أن رسالة البيانات كما تسلمها هى الرسالة التى قصد المنشيء إرسالها وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض وعلى ذلك فإنه فى العلاقة بين منشئ الرسالة وتسلمها إذا : (١) صدرت الرسالة عن المنشئ (٢) أو عند افتراض نسبتها إلى المنشئ وفقاً لنص المادة ١٣-٣ فإن منسلم الرسالة يجوز له الركون إلى صحة الرسالة كما تسلمها وأنها بعينها معبرة عن قصد المنشئ ما لم تكن الرسالة واضحة الخطأ فى شخص المرسل أو المرسل إليه أو فى عنوان أى منهما . أو كانت الرسالة مرسلة بخطأ فى الإرسال أو البث وثار الشك فى ذهن المرسل إليه وكان يمكنه بقدر من العناية المعقولة التحقق من نسبة الرسالة إلى المنشئ من عدمه . ففى هذه الحالة الأخيرة لا يجوز اعتبار الرسالة صادرة أو معبرة عن قصد المنشئ ، وفى هذا حماية للوضع الظاهر» .

٤ - إستقلالية رسالة البيانات :

تنص المادة ١٢-٦ على أنه : «يحق للمرسل إليه أن يعامل كل رسالة بيانات يتسلمها على أنها رسالة بيانات مستقلة وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض إلا إذا كانت نسخة ثانية من رسالة بيانات أخرى» . وعلى ذلك يجوز للمرسل إليه أن يعتبر أن كل رسالة بيانات وحدة قائمة بذاتها وأنها تتضمن إيجاباً أو قبولاً جديدين وله أن يرتب على ذلك الأثر القانونى اللازم ما لم يكن المنشئ قد ذكر صراحة أن هذه الرسالة نسخة ثانية أو مكررة من رسالة أخرى أرسلت إلى المرسل إليه ،

أو كان في مقدور المرسل إليه بقدر معقول من العناية اكتشاف أن هذه الرسالة هى نسخة مكررة أو نسخة ثانية من رسالة أولى سواء تسلم هذه الرسالة الأولى أو لم يتسلمها . ويجوز ذكر هذا البيان فى الرسالة الثانية ذاتها أو فى رسالة منفصلة .

٥ – الإقرار بالاستلام :

تقرر المادة ١٤ تطبيق الفقرات من (٢) إلى (٤) من تلك المادة عندما يكون المنشئ قد طلب من المرسل إليه ، وقت أو قبل توجيه رسالة البيانات أو بواسطة تلك الرسالة توجه إقرار باستلام رسالة البيانات أو اتفق معه على ذلك . ولذلك فإنه يجوز فى العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية وبين متلقيها أن يشترط ألا يكون لرسالة البيانات قيمة أو أثر قانونى ، إلا إذا أقر المستلم أو المرسل إليه باستلامها وذلك فى وقت معقول ، فإذا لم يتلق المنشئ هذا الإقرار جاز له أن يبنى على ذلك أن الرسالة لم تصل إلى المرسل إليه وبالتالى يسقط الإيجاب أو القبول وفقاً للحالة .

ويجوز الاتفاق بين المنشئ والمرسل إليه قبل إرسال رسالة البيانات أو فى وقتها على طريقة أخرى معززة مثل رسالة تليفونية أو برقية أو بالفاكس . كما يجوز أن تتضمن الرسالة الإلكترونية طلب الإقرار بالاستلام إذا اتفق الطرفان على ذلك . ويجوز أن يتفق المنشئ والمرسل على طريقة معينة للإقرار بالاستلام أو وفق نموذج معين كما يجوز أن يكون الإقرار بالاستلام بأى سلوك آخر من جانب المرسل إليه كأن يرسل البضاعة مباشرة إلى المنشئ أو يقوم بالتصرف المطلوب منه بما يحمل على استلام الرسالة .

٦ – القيمة القانونية لإقرار الاستلام :

يجوز للمنشئ أن يشترط فى العلاقة بينه وبين المرسل إليه ضرورة تلقى الإقرار بالاستلام ، كما يجوز إلا يشترط ذلك ، وتفصيل ذلك كما يلى :

(أ) إذا ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقى الإقرار : إذا اشترط المنشئ لرسالة البيانات ضرورة قيام المرسل إليه بإرسال إقرار بتلقيه رسالة البيانات ، فإن رسالة البيانات لن يترتب عليها الأثر القانونى من إنشاء الالتزام أو تعديله أو إبطاله ، إلا إذا تلقى المنشئ هذا الإقرار ، ويكون العقد معلقاً على شرط واقف هو إرسال الإقرار ، فإذا لم يتم الإقرار لم ينشأ العقد .

(ب) إذا لم يذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقى الإقرار بالاستلام ، ولم يتلق المنشئ ذلك الإقرار فى غضون الوقت المحدد أو المتفق عليه ،أو خلال فترة زمنية معقولة إذا لم يكن تم الاتفاق على تلقى الإقرار فى وقت معين ، والفرض هنا أن المتعاقدين قد اتفقا على تلقى الإقرار ولكن لم يذكر ذلك فى رسالة البيانات ، فإنه يجوز للمنشئ :

(١) أن يقوم المنشئ بإرسال إشعار تنبيه إلى المرسل إليه يذكره أنه لم يتلق الإقرار بالاستلام، ويحدد له وقتاً معتدلاً لتلقى الإقرار منه ؛

(٢) يجوز له إذا لم يتلق الإقرار المطلوب من المرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات كأنها لم ترسل أصلاً أو يلجأ إلى التمسك بما له من حقوق أخرى كالتعويض إذا أصابه ضرر من جراء عدم إرسال الإقرار بالاستلام من المرسل إليه .

(ج) عند تلقى المنشئ الإقرار بالاستلام من المرسل إليه فيعد ذلك مجرد قرينة على وصول الرسالة إلى المرسل إليه واستلامها منه ، ولا ينطوى على تطابق رسالة المنشئ لرسالة البيانات مع الإقرار بالاستلام لاحتمال حدوث خطأ فى الإرسال أو تداخل أو غير ذلك من المعوقات التى تحول دون تطابق صحة الرسالتين .

(د) عندما يذكر فى إقرار الاستلام الذى يرسله المرسل إليه بأن رسالة البيانات ذات الصلة التى بعث بها المنشئ قد استوفت الشروط الفنية فى الإرسال وفى الشكل وعلى النموذج ووفقاً للأصول والمعايير المتفق عليها ، قام الدليل فرضاً على استيفاء تلك الشروط (مادة ١٤-٧) .

٣ - العقود الإلكترونية فى مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصرى :

نصت المادة ٢ من المشروع الذى أعدته لجنة التنمية التكنولوجية التابعة لمركز المعلومات ودعم القرار برئاسة مجلس الوزراء على أن : «تسرى على الالتزامات التعاقدية فى مفهوم أحكام هذا القانون ، قانون الدولة التى يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً يسرى قانون الدولة التى تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول» .

ويلاحظ على مشروع القانون المصرى الملاحظات التالية :

١ – أن المشرع المصرى عالج إبرام العقد بحسبانه من وسائل تنازع القوانين فى المكان ، ونقل نص المادة ١٩–١ من القانون المدنى دون تعديل ، وكان من الأوفق أن يتعرض المشروع لكيفية إبرام العقد من حيث الإيجاب والقبول وأثر الوسيلة الإلكترونية فى ترتيب آثار العقد ، وإبراز ما إذا كانت النظرية العلمية تتوافق أو تتخالف مع استعمال هذه الوسيلة الإلكترونية الجديدة .

٢ – أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية تبنى نظرية تصدير القبول على خلاف النظرية التقليدية فى القانون المدنى المصرى الذى لا ينتج التعبير أثره وفقاً لها إلا باستلام القبول واتصاله بعلم الموجب . وهو ما يساير الآراء الفقهية التى ترى الأخذ فى التجارة الإلكترونية بمبدأ تصدير القبول ، لأن المرسل له يفقد كل سيطرة عليه بإيداعه فى جهاز الكمبيوتر أو شبكة الإنترنت .

٣ – لم يتعرض مشروع القانون إلى مسائل عدم وصول الرسالة الإلكترونية أو وصولها مغلوطة أو بتداخل شخص من الغير فى الإرسال ، والآثار القانونية المترتبة على ذلك وهى مسائل من الجدير أن يتعرض لها المشروع المصرى على غرار مشروع القانون النموذجى للأونيسترال .

السكوت فى العقود الإلكترونية :

يرتبط السكوت بالقبول ، وأنه وفقاً للقواعد العامة لا يعد السكوت تعبيراً عن الإرادة ، أو وفقاً لما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية فإنه «لا ينسب لساكت قول» .

على أن السكوت يمكن أن يكون تعبيراً عن الإرادة وفقاً للمادة ٩٨[٢٢] من القانون المدنى إذا كان سكوتاً ملابساً وهو الذى يقترن ببعض المظاهر الخارجية التى تُخرجه عن حالته السلبية وتضفى عليه وضعاً إيجابياً كتعبير عن الإرادة (طبيعة المعاملة أو العرف ، أو جود تعامل سابق بين الأطراف ، أو كان الإيجاب لمنفعة الموجب إليه) .

ونعتقد أن هذه الشروط يمكن تطبيقها فى حالة التجارة الإلكترونية مع بيان حقيقة الإيجاب بأن يكون إيجاباً باتاً وليس مجرد دعوة إلى التعاقد حتى يتلاقى مع حالات السكوت الملابس التى ترد فى حق القابل .

فإذا كان هناك تعامل بين الطرفين فإن سكوت أحد الطرفين يمكن أن يستخلص منه القبول مثله فى ذلك مثل النظرية التقليدية . ولا يعد – فى نظرنا – استعمال الوسيلة الإلكترونية مبرراً للخروج على القواعد العامة .

زمان ومكان إبرام العقد

ينعقد العقد بتلاقى التعبير عن الإرادتين لطرفى العقد ، أى الإيجاب والقبول وعلى ذلك نبين فيما يلى زمان ومكان انعقاد العقد فى النظرية التقليدية وفى القانون النموذجى للأونيسترال وفى مشروع القانون المصرى.

١ - فى النظرية التقليدية :

ينعقد العقد فى النظرية التقليدية فى القانون المصرى وقت استلام القبول وفى المكان الذى يوجد فيه الموجب . وتأخذ العديد من الدول بنظريات أخرى مثل نظرية العلم بالقبول[٢٣] . فإذا أرسل مشتر فى الولايات المتحدة قبوله على إيجاب من بائع مصرى فى القاهرة انعقد العقد ، وقت استلام المصرى للقبول وكان مكان العقد فى القاهرة .

٢ - العقد النموذجى للأونيسترال :

(أ) تحديد واقعة الإرسال لرسالة البيانات :

تنص المادة ١٥-١ على :

(١) ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك ، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذى أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ .

(٢) وتحدد هذه المادة واقعة الإرسال لرسالة البيانات فإنها تحدث متى دخلت الرسالة إلى نظام معلومات كمبيوتر أو أرسلت على شبكة الإنترنت بحيث خرجت عن سيطرة المنشئ أو الشخص النائب عنه وتكون الرسالة قد خرجت عن سيطرة المنشئ لها إذا لم يمكن للمنشئ استرجاعها مرة أخرى من جهاز المعلومات . أما إذا أمكن بوسيلة فنية استرجاع الرسالة قبل وصولها إلى المرسل إليه وهى فى طريق الإرسال فإن الرسالة لا تكون قد خرجت عن سيطرة المنشئ. هذا ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه عن تحقيق واقعة الإرسال بطريقة أخرى.

(ب) وقت استلام رسالة البيانات :

تنص المادة ١٥-٢ على أنه : «ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك ، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات ، يثور الفرضين التاليين :

الفرض الأول : فى حالة تعيين نظام معلومات لاستلام الرسالة :

١ – يقع الاستلام إما فى وقت دخول رسالة البيانات إلى النظام المعين لدى المرسل إليه الذى اتفق عليه مع المنشئ حتى ولو لم يطلع عليها المرسل إليه .

٢ – وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات ، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه دون أن يكون النظام الذى تم تعيينه بين المنشئ والمرسل إليه ، لأن وقت استرجاع المعلومات هو الوقت الفعلى الذى يعلم فيه المرسل إليه برسالة المنشئ .

الفرض الثانى : إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستلام الرد ما لم يعتبر الاستلام وقع حكمًا عندما تدخل رسالة البيانات نظامًا تابعًا للمرسل إليه حتى ولو لم يطلع المرسل إليه على الرسالة بعد .

(ج) مكان تسلم رسالة البيانات :

تنص المادة ١٥-٤ على أنه : «ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك ، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذى يقع فيه مقر عمل المنشئ ، ويعتبر أنها استلمت فى المكان الذى يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة :

(أ) إذا كان للمنشيء أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد ، تاجر فرد متعدد النشاط أو شركة ذات فروع وأنشطة متعددة ، كان مقر العمل هو المقر الذى له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أى المتجر أو الفرع الذى صدرت منه الرسالة الإلكترونية ، أو مقر العمل الرئيسى إذا لم توجد مثل تلك المعاملة . ويكون مركز الإدارة الرئيسى ، هو مقر العمل الرئيسى وفقاً للقانون المصرى[٢٤] .

(ب) إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل مشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد ، فيكون الموطن للشخص الطبيعى أو الشخص المعنوى هو الذى يرجع إليه فى تحديد ذلك .

خاتمة

العقود الالكترونية باتت ظاهرة من ظواهر التجارة الدولية ، مع تزايد وتنامى الربط بين الحاسبات وشبكة الإنترنت ، فى الوقت الراهن ، وينتظر أن يتزايد حجم تلك العقود فى المستقبل القريب لتبلغ المليارات من الدولارات بانخفاض أثمان الحاسبات وخدمة الدخول على الشبكة . وتختلف العقود الإلكترونية عن العقود فى التجارة التقليدية بعدم توافر مجلس للعقد بالمعنى المفهوم فى النظرية التقليدية ، نظراً لاختلاف مكان البائعين والمشترين ، بل أنه فى بعض الأحيان تقوم الحاسبات أو أجهزة الكمبيوتر بإبرام العقد فيما بينها دون تدخل العنصر البشرى ، الأمر الذى خلق عدداً من المشاكل الجديدة فى تحديد زمان ومكان إبرام العقد فى التجارة الإلكترونية وصلاحية عقود القصر وناقصى الأهلية ، وعقود الموظفين ، وغيرهم من التابعين إذا لم يتحقق المتعاقد الآخر من سلطاتهم الوظيفية وتجاوز أحدهم الاختصاص الوظيفى الممنوح له .

ولم تنظم عقود التجارة الإلكترونية فى الكثير من الدول بقوانين ملزمة حتى الآن ، وهو الأمر الذى نحث المشرع المصرى بشأنه أن يسارع بإصدار قانون التجارة الإلكترونية فى مصر مع تزايد استخدام الحاسبات وتزايد إنشاء الشركات التى تتولى توفير خدمة الدخول على شبكة الإنترنت .

ويجدر بالمشرع المصرى الاهتداء فى ذلك بالدول التى لديها تنظيم حديث للعقود الإلكترونية ، مثل الولايات المتحدة الأمريكية ، والاستفادة من خبرات هذه الدول التى سبقتنا فى هذا المجال الجديد والحيوى ، على أن يكون مقدار البحث هو الخروج بحلول مبتكرة لمشاكل التجارة الإلكترونية دون الخروج على القواعد العامة إلا بما يسمح بتسهيل التجارة الإلكترونية ، وحماية الأطراف المتعاقدين ومنع الغش والأضرار التى مازالت التجارة الإلكترونية مجالاً خصباً ومفتوحاً لها .

سمير برهان

هوامش

M. Chissick and A. Kelman, Electronic Commerce London, 1999, pp. 7-9. (١)

(٢) شيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ١ ، وأيضاً :

Cairo regonal Center of International Commercial Arbitration, CRCICR, The Rate of Progress in E. Commerce in Egypt Submitted to the International Copnference on Electronic Commerce and Gross border Insolvency League of Arab States, NOV. 20-22, 2000.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقى : نظرية العقود والإرادة المنفردة ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٢٠٨ ، د. محمود جمال الدين زكى ، ج١ ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ٨٢ .

(٤) د. محمود جمال زكى : المرجع السابق ، ص ٥٩ .

Albans City and District Council v. International Computer Ltrd. (1996) (٥)

راجع : شيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ، هامش ١١ .

Advont Systoms Limtod v. Unisys Corp. (1991) 925, Fod. 670. US CA. 3rd, Cir. (٦)

المرجع السابق ، هامش ١٣ .

Bela Computer (Europe) Ltd. V. adobe Systems (Europe) Ltd. 1996, R608 (٧)

راجع : تشيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ٥٦ ، هامش ١٠ .

(٨) تشيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ٦٠ .

(٩) تشيزيك : المرجع السابق ، ص ٥٨ ، د . سليمان مرقص : الوافــى فى شرح القانون المدنى – الالتزامات ، ١٩٨٧ ، ص ١٧٢ .

(١٠) Minnesota v. Granite Rosrts 568 N . W. ed 715 – المرجع السابق ، ص ٦١ ، هامش ٢٦ .

(١١) US v. Thomas 1996 No. 94-6648/6609 Fed. App., 5532 (6th Cir) .

المرجع السابق ، ص ٦١ ، هامش ٢٨ .

(١٢) Playboy Enterprises Inc. v. Chucklobery Publishing Inc.939 F.Supp 1044 (SDNY,1966) .

المرجع السابق ، هامش ٢٩ .

(١٣) مادة ١٠٥ من القانون المدنى المصرى ، د. جمال الدين زكى : المرجع السابق ، ص ١١٠ .

(١٤) مادة ١٦٤ من القانون المدنى المصرى .

(١٥) Chitlly On Contract, pp. 31-39 ، تشيزيك وكيلمان ، المرجع السابق ، ص ١٦ .

(١٦) المرجع السابق ، نفس الموضع .

(١٧) مادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى .

(١٨) مادة ٩٠ من القانون المدنى المصرى .

(١٩) راجع : نظريات القبول ، د. عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد ، د. السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى – نظرية الالتزام – مصادر الالتزام ، بند ١١١ ، ص ٢٦٧ .

(٢٠) مادة ٩١ من القانون المدنى المصرى .

(٢١) راجع المواد ١٤٥–١٤٧ من القانون المدنى المصرى .

(٢٢) المادة ٩٨ من القانون المدنى المصرى .

(٢٣) التقنين الألمانى (مادة ١٣٠) ، التقنين التجارى الإيطالى (مادة ٣٦) ، التقنين الأسبانى (مادة ٢٦٢) ، وأخذ القانون السويسرى بنظرية تصدير القبول (مادة ١٠) . راجع : د. السنهورى ، المرجع السابع ، نبذة ١٢٨ ، ص ٢٤٤ .

(٢٤) مادة ١١–٢ من القانون المدنى المصرى .

مراجع البحث

(أ) مراجع باللغة العربية

أولاً – القوانين :

١ – **القانون المدنى المصرى .**

٢ – **القانون التجارى المصرى .**

٣ – **مشروع قانون التجارة الإلكترونية فى مصر .**

٤ – **قانون الأونيسترال النموذجى .**

ثانياً – المراجع :

١ – د. اسماعيل غانم : **محاضرات فى النظرية العامة للالتزام .**

٢ – د. سليمان الصاوى : **الوجيز فى القانون الإدارى .**

٣ – د. عبد الرازق السنهورى : **الوسيط فى القانون المدنى – الالتزامات .**

٤ – د. عبد الفتاح عبد الباقى .

٥ – د. عبد المنعم فرج الصدة : **مصادر الالتزام .**

٦ – د. محمد حسام محمود لطفى : **النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام .**

٧ – د. محمود جمال الدين زكى : **الوجيز فى نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى .**

٨ – مستندات المؤتمر الذى أقامه مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى حول التجارة الإلكترونية .

(٢) مراجع باللغة الإنجليزية

1. David Kas----, Understanding Electronic Commerce, Microsoft press Redmond, Washington, 1997.
2. Michael Chissick & Alistair Kelman, Electronic Commerce Law and Practice, London, 1999.
3. Nobil Adam, Oktay Dogramaci, Aryya Gangopadhyay, Yelena Yesha Electronic Commerce, Technical, Business and Legal Issues, New Jersey, 1999.
4. Ron Katz, Bob Tailor and Lionel Walsh, International Chamber of Commerce ICC Electronic Commerce, Technical Business and Legal issues New Jersey, 1999.

الأوراق التجارية الألكترونية

الكمبيالة الألكترونية

La lettre de chenge-relevé

أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد

أستاذ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

مقدمة

١ – لا تختلف الأوراق التجارية الألكترونية فى أنواعها عن الأوراق[١] التجارية الورقية أو التقليدية وهى الكمبيالة والسند لأمر والشيك ، ولما كانت الكمبيالة هى النموذج الكامل والشامل للأوراق التجارية ، سواء لما تثيره من أحكام قانون الصرف التى تتعلق بهذه الأوراق ، سواء بسبب أهميتها العملية البالغة خاصة فى البلاد الأوروبية حيث تلعب الكمبيالة دوراً هامًا فى المعاملات التجارية[٢] الداخلية والخارجية والتى ظهر فيها الإتجاه إلى استخدام الأوراق التجارية الألكترونية ، لكل ذلك رأينا أن نركز فى دراستنا فى هذا البحث على الكمبيالة الألكترونية بنوعيها (الورقية والممغنطة) بإعتبارها النموذج الأمثل للأوراق التجارية الألكترونية ، وقد ظهرت الكمبيالة بمفهومها التقليدى (الكمبيالة الورقية) فى العصور الوسطى[٣] فى كل من الأسواق الإيطالية والفرنسية[٤]، وذلك لتكون أداة لإثبات وتنفيذ عقد الصرف[٥] تغنى عن نقل النقود من بلد إلى أخر ، فكان الشخص الذى يرغب السفر إلى بلد معين ويخشى حمل النقود معه خوفاً من السرقة أو الضياع يلجأ إلى أحد الصيارفة فى بلده ويسلمه المبلغ الذى يحتاج إليه فى الخارج بعملة بلده ، علي أن يسلمه إليه فى البلد الذى يرغب السفر إليه بعملة هذا البلد ، فكان الصيرفى يستلم النقود فى بلد معين ويصدر أمراً إلى صيرفى آخر يتعامل معه فى البلد الثانى يطلب منه أن يدفع إلى مراسله ما يعادل قيمة المبلغ المدفوع له بعملة البلد الذى يتم فيه إستلام المبلغ ، وكان هذا الأمر يصدر فى صورة صك (محرر شكلى) يطلق عليه وقتئذ الكمبيالة[٦] la lettre de change ، وكان هذا الصك عند بداية ظهوره يستحق بمجرد الإطلاع عليه ، ولكن مع تطور الزمن وتطور المعاملات التجارية تطور دور الكمبيالة ، فلم تعد مجرد أداة لتنفيذ عقد الصرف المسحوب[٧] فحسب ، وتستحق بمجرد الإطلاع عليها ، بل أصبحت أداة للوفاء [٨] تقوم مقام النقود فى تسوية المعاملات فى الداخل والخارج ، كما أصبحت تتضمن أجلاً ولا تستحق بالضرورة بمجرد الإطلاع عليها ، وهكذا أصبحت الكمبيالة أداة لمنح الأئتمان[٩] يعتمد عليها التجار فى كثير من معاملاتهم التجارية ، ولزيادة الثقة فى هذه الورقة أصبح من حق الحامل أن يقدمها للقبول قبل تاريخ إستحقاقها ، كما أجاز القانون ضمان قيمتها دعما لضمان وفائها .

٢ – ولما إزدادت الثقة فى الكمبيالة أصبحت قابلة للتداول بالطرق التجارية ومنها التظهير[١٠] ، وإنطلاقاً من أهمية الكمبيالة تناولتها التشريعات المختلفة بالتنظيم ، فقد نظمها المشرع الفرنسى فى بداية الأمر فى الباب الخامس من الأمر[١١] الملكى الفرنسى الصادر سنة ١٦٧٣ ، ثم نقحها بعد ذلك وأعاد تنظيمها فى التقنين التجارى الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٧ ، ثم تم تعديل هذه الأحكام بعد إبرام إتفاقية جنيف التى تضمنت قواعد موحدة للكمبيالة عام ١٩٣٠ وذلك فى عام ١٩٣٥ وما بعدها وذلك حتى تتوائم مع قواعد قانون جنيف الموحد ، كذلك نظم المشرع المصري الكمبيالة فى التقنين التجارى الملغى[١٢] الصادر سنة ١٨٨٣ والمستمد من التقنين التجارى الفرنسى ، كذلك فى قانون التجارة الحالى فى الفصل الأول من الباب الرابع (المواد من ٣٧٩ إلى ٤٦٧) مستمداً أياها من قانون جنيف الموحد دون أن يأخذ فى إعتباره التطورات الحديثة التى كشفت عن بعضها إتفاقية الأمم المتحدة فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٨٨ وأكدت مفاهيم[١٣] قد إستقر عليها القضاء المصرى من قبل .

٣ – هكذا نلاحظ أن الكمبيالة تحتل أهمية كبيرة فى العمل سواء كأداة وفاء أو كأداة إئتمان ، وتعتبر فرنسا نموذج للدول التى تعتمد إعتماداً كثيراً على إستخدام الكمبيالة فى تسوية الديون التجارية ، إذ يصل عدد الكمبيالات الصادرة فيها إلى مائتين وخمسين مليون كمبيالة سنوياً ، وذلك بسبب ما تقوم به هذه الورقة من وظائف فى الوفاء والإئتمان أو ما تقدمه من تيسيرات وضمانات تتعلق بسهولة تداولها أو بضمان وفائها من كافة الموقعين عليها .

ولكن الإستخدام العملى للكمبيالة وبكثرة خاصة فى فرنسا صاحبة كثير من الصعوبات العملية مالية كانت أو إدارية ، والصعوبات المالية تتمثل فى الكمية الكبيرة من الورق التى تستخدم فى إصدار هذا العدد الهائل[١٤] من الكمبيالات وما يترتب على ذلك من تكلفة مالية باهظة ، أما الصعوبات الإدارية فتمثلت فى ا لعدد الهائل من الموظفين الواجب توافرهم فى البنوك وما يخصصونه من وقت ضخم فى سبيل تسوية العمليات المتعلقة بهذه الكمبيالات ، ولمواجهة هذه العصوبات الناشئة عن إستخدام الكمبيالة الورقية شكلت فى فرنسا لجنة عام ١٩٦٥ إقترحت إنشاء طريقة جديدة لإنتقال الديون التجارية أطلق عليها ، لجنة الإئتمان وإنتقال الديون التجارية) (C.M.C.C.)[١٥] تستهدف أساساً خصم الكمبيالات بطريقة أكثر مرونة ، ولكن إذا كانت هذه اللجنة نجحت نجاحاً محدوداً[١٦] فى تقديم بديل لدور الكمبيالة كأداة إئتمان ، إلا أنها لم تنجح فى حل المشكلة المطروحة والتى تتعلق بالكمبيالة كأداة للتحصيل ، نتيجة لذلك شكلت لجنة أخرى

للبحث عن حل للصعوبات الناشئة عن تداول الكمبيالات التقليدية ، وكأن السؤال المطروح حينئذ هل الأفضل إلغاء الكمبيالة أم الإبقاء عليها ، مع تطويرها وتحديثها وتكملتها بمستندات أخرى حتي تخضع إلى التقنية الحديثة المتعلقة بإستخدام الحاسب الآلى ، وذلك عن طريق إستبدالها بالكمبيالة الألكترونية التى لا يستلزم إستخدامها إنتقال الكمبيالة من يد إلى يد من أجل تحصيلها ، كما أن وفائها لا يستلزم ضرورة تسليمها للمسحوب عليه وإنما هناك مستندات[١٧] أخرى تحل محل الكمبيالة هى التى تتداول بين البنوك تتمثل فى الدعامات الممغنطة وإشعارات الوفاء ، وقد قيل أن الكمبيالة الألكترونية رغم مسالبها يمكن أن تكون بديلاً عن الكمبيالة العادية ، وإن كان يؤخذ على الكمبيالة الألكترونية أنها مجرد علاج يكتفى بتخفيف المعاناة دون أن يستأصل[١٨] أسباب المرض ، وعلى أى حال فإن الكمبيالة أيا كانت عيوبها هى أفضل الوسائل لتحصيل الديون ، فهى سلاح[١٩] جيد ضد الإهمال المعروف لدى نسبة كبيرة من المدينين ، كما أنها تسمح للدائنين بإدارة حسابات عملائهم بأقل تكلفة ، لأنها تلغى العمل الثقيل الراجع إلى إجراء تسوية تتم لحساب كل عميل على حدة ، هذا فضلاً عن أنه لا يوجد وسائل للتحصيل تتم بناء على طلب الدائن إلا الكمبيالة وإخطار الإقتطاع ، لكل ذلك تظل الكمبيالة رغم مسالبها وسيلة التحصيل الملائمة ولكن لابد من تطويرها وإستبدال الكمبيالة التقليدية وما يصاحبها من تكاليف سواء فى الإنشاء أو التداول بالكمبيالة الألكترونية الأسرع فى التحصيل والأقل كلفة فى ا لإنشاء والتداول .

٥ – **مبررات وجود الكمبيالة الألكترونية (La lettre de change relevé (L.C.R. ونشأتها :** الغاية من إستخدام الكمبيالة الألكترونية هو الحد من النفقات الباهظة[٢٠] لإستخدام الورق الذى تعتمد عليه الكمبيالة العادية فى إنشائها وتداولها ، هذا فضلاً عن الرغبة فى الإستفادة من التجهيز الألكترونى [٢١] الحديث للمصارف عن طريق إستخدام الحاسب الآلى (كذلك الحاسب الآلى للمقاصة المنتشر فى البنوك المركزية كبنك فرنسا والذى دخل حيز التنفيذ منذ عام ١٩٦٩[٢٢] الأمر الذى يترتب عليه توفير كثير من الوقت والجهد الذى يبذله العاملين فى البنوك من أجل تسوية العمليات المتعلقة بتداول ووفاء الكمبيالات التقليدية الورقية وما يصاحب ذلك من تكاليف مالية متعلقة بزيادة العمالة وزيادة الأجور[٢٣] .

والكمبيالة الألكترونية كوسيلة لتحصيل الديون وتداولها يرجع تاريخ بدء العمل بها إلى ٢ يوليو سنة ١٩٧٣[٢٤] ، فهى ثمرة جهود لجنة (Gilet) جيلية المتعلقة بتخفيض تكاليف الإئتمان قصير الأجل ، والتى إقترحت وسيلة جديدة للوفاء عوضاً عن الكمبيالة التقليدية تسمى بالكمبيالة

الألكترونية (L.C.R.) ، وهذه الكمبيالة وإن كانت تصدر من الدائن خلافًا للشيك الذى يعطى كل مبادرة الوفاء للمدين إلا أنها لا يمكن تسويتها إلا بناء على موافقة المدين .

٦ – **خطة البحث :** وبعد إستعراض المقدمة نقسم بحثنا فى الأوراق التجارية الألكترونية (الكمبيالة الألكترونية) إلى فصل تمهيدى وفصلين رئيسين على النحو التالى :

فصل تمهيدى : ونتناول فيه ماهية الكمبيالة الألكترونية وخصائصها .

الفصل الأول : وندرس فيه الكمبيالة الألكترونية الورقية ومدى خضوعها لأحكام قانون الصرف .

الفصل الثانى : ونعالج فيه الكمبيالة الألكترونية الممغنطة (على دعامة ممغنطة) وتمييزها عن الكمبيالة الألكترونية الورقية من حيث الشكل والخضوع لأحكام قانون الصرف .

الخاتمة : نتائج البحث والتوصيات .

٧ – وقبل أن نعالج ماهية الكمبيالة الألكترونية وخصائصها يجدر بنا أن نوضح بإيجاز تعريف الكمبيالة التقليدية الورقية ومدى تجاريتها فى قانون التجارة الحالى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حتى يتضح لنا بجلاء ما إذا كانت هناك فروق بين الكمبيالة الألكترونية والكمبيالة التقليدية أم لا .

فصل تمهيدى

ماهية الكمبيالة الألكترونية وخصائصها

المبحث الأول

تعريف الكمبيالة التقليدية وتجاريتها

٨ – **أولاً : تعريف [٢٥] الكمبيالة العادية (التقليدية) :** هى صك محرر وفقاً لأوضاع شكلية حددها القانون[٢٦] يأمر فيه محرره ويسمى (الساحب **tireur**) شخصاً أخر يسمى (المسحوب عليه **tiré**) بدفع مبلغ معين فى تاريخ معين أو بمجرد الإطلاع على الصك لأمر شخص ثالث أو لإذنه يسمى المستفيد **Beneficaire** .

وسحب الكمبيالة أو تحريرها يفترض وجود ثلاثة أشخاص هم الساحب وهو الدائن فى الصك والذى يحرر الصك ويوقع عليه ، ويصدر فيه أمرا بالدفع إلى المسحوب عليه ، والمسحوب عليه هو الشخص الثانى فى الصك والمدين فيه والذى يصدر إليه الأمر بالوفاء للمستفيد ، وأخيراً المستفيد من الكمبيالة وهو من يحرر الصك لأمره ويكون دائناً للساحب بقيمة الكمبيالة .

٩ – وسحب الكمبيالة يفترض وجود علاقتين أولهما بين الساحب (المحرر) وبين المسحوب عليه ، يكون فيها الأول دائناً للأخير وتخول له هذه المديونية إصدار أمر للمسحوب عليه بوفاء الدين كله أو جزءاً منه إلى المستفيد فى الكمبيالة ، وثانيهما تكون بين الساحب والمستفيد يكون فيها الأول مديناً للثانى ويقوم بوفاء دينه إلى هذا الأخير عن طريق إحالته إلى المسحوب عليه أما العلاقة بين المستفيد والمسحوب عليه فمصدرها الكمبيالة ذاتها وتنشأ منذ قبول هذا الأخير لها ، أما إذا لم يقبلها فلا تنشأ هذه العلاقة ويظل الساحب وحده مسئولاً عن وفاء قيمتها .

١٠ – نموذج الكمبيالة التقليدية :

القاهرة فـى ١/١/٢٠٠١	المبلغ ١٠,٠٠٠ جنيـه مـصـرى
لاغير	إلى عمرو (المسحوب عليه) المقيم بميدان التحرير رقم ٢٠
أدفعوا بموجب هذه الكمبيالة لأمر السيد طارق (المستفيد) مبلغ وقدره عشرة آلاف جنيه مصرى لا غير فى ١/٣/٢٠٠١ .	
	توقيع الساحب **أحمد حسن** ١٢ ش رمسيس القاهرة

هكذا نلاحظ أن الكمبيالة تستلزم وجود ثلاثة [٢٧] أشخاص هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد ، وهى على ذلك تختلف عن السند الأذنى الذى يستلزم وجود شخصين فحسب هما المتعهد (المحرر) والمستفيد .

ثانياً : تجارية الكمبيالة :

١١ – كان التقنين التجارى الملغى ينص على تجارية الكمبيالة مرتين : الأولى فى الفقرة الرابعة من المادة الثانية بقوله « يعتبر عملاً تجارياً كل عمل متعلق بالكمبيالات » والثانية فى الفقرة السادسة من نفس المادة وهى تنص على تجارية « جميع الكمبيالات أيا كان أولوا الشأن فيها » .

يخلص من ذلك أن الكمبيالة كانت فى ظل القانون الملغى تعتبر عملاً تجارياً بصفة مطلقة يستوى فى ذلك أن يكون الموقعين عليها تجاراً أو غير تجار ، أو كان تحريرها بمناسبة عملية تجارية أو مدينة ، فإذا سحب شخص كمبيالة لوفاء أجرة مسكنه أو لشراء حاجاته الشخصية فإنها تعتبر تجارية رغم أن سبب الإلتزام مدنى ، وتعتبر الكمبيالة عملاً تجارياً ليس بخصوص سحبها وتظهيرها فحسب ، وإنما بخصوص جميع العمليات المتعلقة بها والتى تلازمها منذ نشأتها وحتى وفاء قيمتها ، مثل قبول الكمبيالة من المسحوب عليه أو قبولها من الغير (القبول بالواسطة) أو الضمان الإحتياطى لها ، فكانت توجد قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على تجارية الكمبيالة[٢٨] ، أيا كانت صفة الموقعين عليها تجاراً أم غير تجار ، وأيا كانت طبيعة الألتزامات التى وقعت من أجلها الكمبيالة تجارية كانت أو مدينة ، ولما كانت الكمبيالة عملاً تجاريا بحسب شكلها

فيجب دائماً إستيفائها للشكل الذى يستلزمه القانون ، أما إذا إفتقدت هذا الشكل [٢٩] فقدت بالنتيجة صفتها التجارية المطلقة[٣٠] .

١٢ – أما فى ظل قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد إختلف الوضع ، إذ جاءت المواد المنظمة للأعمال التجارية (المواد من ٤ – ٨) خالية من الإشارة إلى تجارية الكمبيالة وغيرها من الأوراق التجارية ، الأمر الذى أثار خلافًا فقهياً حول تجارية هذه الأوراق وانقسم الفقة فى هذا الصدد إلى إتجاهين :

الإتجاه الأول[٣١] : يرى أن الكمبيالة والسند لأمر والشيك وغيرها من الأوراق التجارية تعتبر أعمال تجارية شكلية ، أى تستمد صفتها التجارية من الشكل القانونى الذى تفرغ فيه ، وتسرى عليها أحكام قانون الصرف وقواعد قانون التجارة أياً كانت صفة ذوى الشأن فيها ، أو طبيعة الأعمال التى حررت من أجلها .

وقد إستند أنصار هذا الرأى إلى سريان أحكام الباب الرابع من قانون التجارة الحالى وخاصة نص المادة ٣٧٨ على هذه الأوراق التى وصفت هذه الصكوك بأنها أوراق تجارية ، وهى تنص فى هذا الصدد علـى أن « تسرى أحكام هذا الباب على الكمبيالات والسندات لأمر الشيكات وغيرها من الأوراق التجارية الأخرى أيا كانت صفة ذوى الشأن فيها أو طبيعة الأعمال التى أنشئت من أجلها » .

كما إستندوا أيضاً إلى ضرورة إشتراط أهلية ممارسة الأعمال التجارية فمن يوقع على هذه الصكوك جميعها (كمبيالة – سند أذنى – شيك) .

١٣ – أما الإتجاه الثانى[٣٢] : وقد ورد رأيه بصدد الحديث عن الشيك ويرى أن الشيك وغيره من الصكوك كالكمبيالة أو السند لأمر لا تعتبر من قبيل الأعمال التجارية لأنها لم ترد فى تعداد الأعمال التجارية المنصوص عليها فى المواد من ٤ – ٨ من قانون التجارة الحالى ، وإنها لا تخضع إلا لأحكام الباب الرابع وحده دون غيره ، فلا تسرى عليها باقى أحكام قانون التجارة إلا إذا حررت بمناسبة عملية تجارية ، أو كان محررها تاجراً لأن كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقاً بتجارته مالم يثبت العكس[٣٣] .

١٤ – ونحن من جهتنا نميل إلى تأييد الرأى الأخير ، وهو إعتبار الأوراق التجارية مع غياب النص عليها بين الأعمال التجارية فى المواد من ٤ – ٨ رغم الإسهاب فى سرد هذه الأعمال من قبيل الأعمال المدنية ، وذلك لأن الأصل فى العمل أنه مدنى مالم يسبغ عليه المشرع التجارى الصفة التجارية ، والأصل فى الشخص أنه غير تاجر مالم يثبت فى حقه إحتراف التجارة .

فالمشرع فى قانون التجارة الحالى رغم سرد الأعمال التجارية المنفردة وعلى وجهة الإحتراف بالتفصيل وبإسهاب أغفل[٣٤] ذكر الأوراق التجارية بين هذه الأعمال ، الأمر الذى ينم عن قصده فى العوده بهذه الأعمال إلى دائرة القانون المدنى، وإعتبارها مدنية مالم تصدر بمناسبة عملية تجارية أو من تاجر لشئون تتعلق بتجارته (م٨ من القانون) تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية .

١٥ – وربما إستهدف المشرع التجارى من ذلك التخفيف عن التاجر الذى كان يعتبر توقفه عن دفع قيمة الكمبيالة التى كانت تحرر فى ظل القانون الملغى لوفاء دين مدنى كسداد أجرة منزله أو لوفاء ثمن أثاث أشتراه لإستعماله الشخصى كاف لشهر إفلاسه ، فالتاجر من حقه أن يحيا حياته المدنية ويخضع فى أعماله المدنية للقانون المدنى كسائر الأشخاص العاديين ، فمن الظلم أن نطبق عليه أحكام القانون التجارى لتوقفه عن دفع قيمة ورقة تجارية (كمبيالة أو سند أذنى أو شيك) تم تحريرها لسداد دين علاجه فى إحدى المستشفيات ، أو لسداد ثمن سيارة أشتراها لزوجته أو إبنه أو حتى لإستعماله الشخصى ، وليس معنى ذلك أن المشرع أغفل حماية الغير المتعامل مع التاجر ، بإبقائه الأوراق التجارية فى نطاق الأعمال المدنية دائماً ، كلا فالمشرع التجارى قد أقام قرينة قانونية ضد التاجر فى المادة الثامنة من القانون الحالى مقتضاها أعتبار كل عمل يقوم به التاجر ومن هذه الأعمال تحرير الأوراق التجارية يعد متعلقاً بتجارته ، مالم يهدم التاجر هذه القرينة ويثبت أن تحرير الورقة التجارية كان لأعمال مدنية لا تتعلق بتجارته ، وفيما يتعلق بالرأى القائل بأن الأوراق التجارية تعتبر أعمال تجارية شكلية فنحن نتفق مع هذا الرأى فيما يتعلق بخضوعها لأحكام قانون الصرف وأحكامه الصارمة الواردة فى الباب الرابع من قانون التجارة ، ومن حيث ضرورة إستيفائها شكل معين حدده القانون بدقة حتى تنطبق عليها أحكام هذا القانون ، أما فيما يتعلق بمضمون هذه الأوراق وهو طبيعة الإلتزام الثابت فيها مدنياً كان أو تجارياً فهو يخضع للقواعد العامة من حيث إعتباره عملاً مدنياً ، طالماً جاءت نصوص القانون التجارى المحدده للأعمال التجارية خالية من الإشارة إليه بين الأعمال التجارية خاصة أن العمل المدنى هو الأصل والعمل التجارى مجرد إستثناء على هذا الأصل ، والإستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه إلا فى الحدود التى أشار إليها المشرع التجارى فى ا لمادة السابعة وهى أن يكون العمل تجارياً إذا أمكن قياسه على الأعمال المذكورة فى المواد من ٤ – ٦ لتشابه فى الصفات أو الغايات .

وفى النهاية نشير إلى أن ما سبق ذكره بالنسبة للكمبيالة التقليدية العادية ينطبق بصفة أصلية على الكمبيالة الألكترونية سواء من حيث شكلها أو من حيث طبيعة الإلتزام الوارد فيها لأنه لا يوجد ما يبرر إختلاف الكمبيالة الألكترونية عن الكمبيالة العادية فى هذا الأحكام .

المبحث الثانى

ماهية الكمبيالة الألكترونية وأنواعها

أولاً : شكل الكمبيالة الألكترونية

١٦ – تعتبر الكمبيالة الألكترونية من حيث الشكل كمبيالة بالمعنى الدقيق[٣٥] ، فهى لا تختلف عن الكمبيالة الورقية التقليدية من حيث ضرورة إستيفاء الخصائص والبيانات الإلزامية[٣٦] التى يستلزمها القانون التجارى عادة فى الكمبيالة ، والمنصوص عليها فى المادتين ١١٠[٣٧] من القانون التجارى الفرنسى والمادة ٣٧٩ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ولكنها تستلزم فضلاً عن ذلك عدة شروط وتتوافر فيها عدة خصائص تختص بها .

الكمبيالة الألكترونية وتميزها عن الكمبيالة العادية التقليدية ، من هذه الشروط :

١ – ضرورة صدور الكمبيالة الألكترونية على نموذج [٣٨] مطبوع وبأشكال متعددة تستخدم فى أصدار هذه الكمبيالات ، على أن يتم طباعته بطريقة تسمح بمعاملة الكمبيالة والإطلاع عليها بوسائل الإطلاع الألية والبصرية ، أى بوسائل المعلومات الحديثة (الحاسب الآلى) .

٢ – تتضمن الكمبيالة الألكترونية فضلاً عن البيانات التقليدية المتعلقة بالمبلغ وتاريخ الإستحقاق واسم المسحوب عليه بعض البيانات الهامة المتعلقة بالمسحوب عليه وهى اسم بنك المسحوب عليه ، رقم حساب المسحوب عليه فى هذا البنك ، اسم الفرع الذى يوجد لدية حساب المسحوب عليه وهى ما يطلق عليها بيانات الشخصية المصرفية للمسحوب عليه .

٣ – تستلزم الكمبيالة الألكترونية لإستخدامها ضرورة الإتفاق[٣٩] المبدئى بين سائر الأطراف المتدخلة فى هذه الكمبيالة (مصدر الكمبيالة – البنك محرك الكمبيالة – المسحوب عليه – البنك الذى يقوم بالوفاء – البنك المركزى) .

١٧ – الأصل أن المشروعات وحدها هى التى تملك إختيار نظام الكمبيالات الألكترونية دون الأفراد الذين يملكون إختياره نظرياً فحسب ، وذلك بسبب ما يستلزمه تطبيق هذا النظام من إستخدام الوسائل الحديثة للمعلومات مثل الحاسب الآلى ، الأمر الذى لا يتوافر إلا بالنسبة للمشروعات الكبيرة[٤٠] دون الأفراد وغيرهم من المشروعات الصغيرة .

تعتبر الكمبيالة الألكترونية كمبيالة بالمعنى الدقيق فى الفرض الذى تصدر فيه هذه الكمبيالة على دعامة ورقية ، فهى تسلم من الساحب إلى مصرفه وتحفظ من قبل هذا الأخير لإستخدامها عند اللزوم فى الرجوع على المدين فى حالة عدم الوفاء ، ويتم تحصيل الكمبيالة الألكترونية بعد نقل مضمونها على شريط ممغنط (ديسكت) بواسطة الحاسب الآلى للمقاصة . وهى تستلزم لوفائها كما أشرنا من قبل موافقة صريحة من المسحوب عليه يتم إستلامها على إشعار موجه بواسطة البنك القائم بالوفاء .

١٨ – والتجديد فى الكمبيالة الألكترونية يكمن فى الإجراءات التى تمر بها الكمبيالة بعد إصدارها من الساحب (الدائن) وهى تتمثل فى عدم(٤١) تداول الصك المكتوب (فى حالة صدور الكمبيالة الألكترونية على الورق) مادياً ، فالكمبيالة الورقية بعد صدورها من الساحب وتسليمها إلى البنك الخاص به سوف تتوقف ولا تتداول فى صورتها المادية وإنما تحفظ[٤٢] من هذا الأخير بعد نقلها على دعامة ممغنطة .

وحينئذ يبدأ دور بنك الساحب ، فهو يقوم بنقل الكمبيالة الورقية على شرائط ممغنطة ، ويحدث نفس الشيء بالنسبة لغيرها من الكمبيالات التى تم إستلامها من الساحبين ، مسجلاً خصائصها بطريقة رقمية ، والذى يتم تداوله فيما بعد هو الشرائط الممغنطة التى تتضمن بيانات هذه الكمبيالات من بنوك الساحبين إلى الحاسب الآلى فى البنك المركزى (بنك فرنسا فى باريس) ثم من الحاسب الآلى للمقاصة إلى بنوك المسحوب عليهم ، وعن هذا الطريق يتم تحديد الكمبيالات التى يتم الوفاء بها وغيرها لا يتم الوفاء بها ويتم إشعار بنوك الساحبين بذلك .

ثانياً : أنواع الكمبيالة الألكترونية :

١٩ – تنقسم الكمبيالة إلى نوعين هما : النوع الأول وهو الكمبيالة الألكترونية الورقية أو على محرر ورقى ، والنوع الثانى وهو الكمبيالة الألكترونية الممغنطة (أو على دعامة ممغنطة) .

١ – الكمبيالة الألكترونية الورقية أو على محرر ورقى La lettre de change relevé papier

٢٠ – وهذا النوع قريب الشبه بالكمبيالة الورقية التقليدية ، وذلك لأنه يفترض إنشاء كمبيالة تقليدية تتضمن كافة البيانات الألزامية التى ينص عليها القانون التجارى فى فرنسا[٤٣] ومصر[٤٤] ، وذلك بالإضافة إلى بعض البيانات التى تستلزمها الكمبيالة الألكترونية وهى إسم بنك[٤٥] المسحوب عليه ، ورقم حسابه [٤٦] فيه ، وكذلك فرع[٤٧] البنك الذى يوجد لدية الحساب ، هذا فضلاً عن إدراج شرط الرجوع بلا مصاريف أو الإعفاء من عمل الاحتجاج ، وهو شرط درج العمل فى الكمبيالات الألكترونية على النص عليه لأسباب سوف نذكرها فى حينه . وقد تسحب هذه الكمبيالة لأمر البنك الذى يتعامل معه الساحب أو لأمر الساحب نفسه الذى يظهرها إلى البنك .

وبعد إنشاء الكمبيالة الألكترونية الورقية يتم تسليمها إلى بنك الساحب الذى يقوم بدوره بنقل ما فيها من بيانات على دعامة ممغنطة (ديسكت) ، ويسجل على نفس الدعامة الممغنطة غيرها من الكمبيالات التى تستحق فى نفس التاريخ ، ثم يقوم بالإحتفاظ بالكمبيالات الورقية وإرسال البيانات المتعلقة بالكمبيالات المذكورة إلى غرفة المقاصة بالبنك المركزى ، سواء بالطريق الألكترونى أو بإرسال الدعامة الممغنطة المسجل عليها هذه البيانات تمهيداً للوفاء بها ، وسوف نشير فيما بعد إلى المراحل التى تمر بها الكمبيالة الألكترونية سواء تم الوفاء بها أم لا .

٢ – الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة La lettre de change relevé bande magnetique

٢١ – وفيها تصدر الكمبيالة بما تحتوية من بيانات على شريحة ممغنطة[٤٨] (ديسكت) فلا محل لإستخدام الورق فيها ، كما هو الحال فى الكمبيالة الألكترونية الورقية ، وهذه الكمبيالة تعتبر بحق الكمبيالة الألكترونية بمعناها الدقيق ، وهى قمة التقدم فى فن إصدار الكمبيالات ، وذلك لأنها تتسم بالبساطة الشديدة من الناحية المادية إذ تتجنب ضرورة التحرير المبدئى على الورق . فبينما يقوم الساحب فى حالة الكمبيالة الألكترونية الورقية بتسليم مصرفه كمبيالة حقيقية ورقية ، ثم يقوم هذا الأخير بعد ذلك بنقل بيانات هذه الكمبيالة على شريحة ممغنطة (ديسكت) . هذا الإزدواج فى العمليات لا يحدث فى صدور الكمبيالة الألكترونية إبتداءاً على دعامة ممغنطة ، الأمر الذى يوفر إستخدام[٤٩] الورق والوقت معاً .

فيصدد هذه الكمبيالة يختفى إستخدام الورق فى تحرير الكمبيالة ولأول مرة يصبح عمل البنك أسهل وأسرع من الغرض الأول الذى تسلم فيه الكمبيالة للبنك محررة على الورق ثم يقوم هو بعد ذلك بنقلها على شريحة ممغنطة .

٢٢ – ونظام الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة (ديسكت) هو الذى يحقق التوافق الحقيقى مع النظام الكامل للمعلومات Informatique وإن كان يواجه مقابل ذلك ضعفاً قانونياً [٥٠] ، وذلك لأن إستخدام[٥١] الكمبيالة الألكترونية حتى الآن يثير كثير من المشاكل القانونية ، ولم يصبح حتى وقتنا هذا محل تحليل قانونى كافى كما أن مستخدمى هذا النظام لم يكتشفوا بعد كل مزاياه وعيوبه خاصة من وجهة النظر المصرفية .

ويعيب هذا النظام أنه يقتصر تطبيقه على المشروعات الكبيرة التى تملك أجهزة الحاسب الآلى وتصدر فواتيرها[٥٢] عن طريق هذه الأجهزة فبوسع هذه الأخيرة أن تصدر كمبيالاتها مباشرة على شرائح ممغنطة وتسلمها إلى بنوكها مباشرة ، الأمر الذى لا يتوافر بالنسبة لغيرها من المشروعات الصغيرة .

المبحث الثالث

خصائص الكمبيالة الألكترونية

٢٣ – تتميز الكمبيالة الألكترونية بعدة خصائص تميزها عن الكمبيالة التقليدية أو العادية وهذه الخصائص هى :

أولاً : الخاصية العملية للكمبيالة الألكترونية :

٢٤ – تعد الكمبيالة الألكترونية فى واقع الأمر من نتاج العمل المصرفى[٥٣] ، والذى لم يكن فى الحقيقة إعمالا لأى نص تشريعى ، وعموماً القواعد العامة فى القانون المدنى وكذلك نصوص كلاً من التقنيين التجاريين الفرنسى (م١١٠) والمصرى (م ٣٧٩) لا تحول[٥٤] دون الأخذ بالكمبيالة الألكترونية ، وقد لعبت لجنة الدراسات الفنية وإرساء الأصول المصرفية (CETNB) [٥٥] دوراً هاماً ومشجعاً فى تبنى نظام الكمبيالة الألكترونية ، وقدم العمل المصرفى بدوره وسائل[٥٦] إستخدام هذه الأداة ، كذلك لم تكن الكمبيالة الألكترونية وليدة إتجاه فقهى[٥٧] فالقواعد التى تخضع لها هى قواعد مهنية مصرفية ، ولذلك لا يعد تدخل المشروع أمراً ضرورياً لإرساء قواعد الأخذ بهذا النظام وإنما قد يعد مع ذلك ضرورياً لتشجيع أتباع هذا النظام وزيادة فاعليته ، وتحويله كلما أمكن ذلك من نظام إختيارى إلى نظام إجبارى على الأقل بالنسبة للبنوك والمشروعات المزودة بالحاسب الآلى ، وهذا ما إتجهت إليه بعض التشريعات الفرنسية الحديثة .

٢٥ – فالملاحظ أنه منذ نوفمبر سنة ١٩٨٧[٥٨] كل كمبيالة تسلم فى فرنسا إلى البنك تعامل بالطرق المتبعة فى الكمبيالة الألكترونية إلا إذا اتفق الطرفان ، على خلاف ذلك ، كما لو كانا يرغبان فى التقدم المادى للكمبيالة وحينئذ يجب أن يوضع على الكمبيالة بيان يفيد أنها قابلة للتداول (Lettre de change circulant) . أضف إلى ذلك أن بنك فرنسا حيث يوجد الحاسب الآلى للمقاصة يعد محوراً هاماً لتشغيل نظام الكمبيالة الألكترونية .

كذلك الرجوع إلى الحاسب الآلى أو إتباع نظام المعلومات Informatique فى تداول الكمبيالة يمكن تنظيمه قانوناً بما يتفق مع قانون الصرف ، وذلك لأن هذا القانون الأخير لا يحول دون

ذلك ، وقد أجيزت الكمبيالة الألكترونية على سبيل التجربة بالنسبة للصفقات والأشغال العامة(٥٩) ، ومنذ عام ١٩٨٨ أجازت بعض المؤسسات العامة وبعض الجماعات المحلية لبعض المشروعات إصدار الكمبيالات الألكترونية بصدد الصفقات العامة ، فالمشروعات المعنية أصبحت تعلم جيداً بتاريخ تسوية هذه الكمبيالات ، هكذا أصبحت الكمبيالات الألكترونية قابلة للتداول عن طريق الخصم(٦٠) وفقاً لحوالة **Daillly** .

٢٦ – ومن الجدير بالذكر أن الإبتكار المهنى أو المصرفى للكمبيالة الألكترونية أمر يستحق الإهتمام ، فهذا النظام يستهدف أساساً إلغاء العادات القديمة المتمثلة فى كثرة إستخدام الورق فى إنشاء الكمبيالات التقليدية وما يصاحب ذلك من تكاليف باهظة(٦١) ، ولا ينبغى أن ننسى الإحتياطيات التى تتخذ حالياً لإقامة النظام الجديد للكمبيالة الألكترونية سواء داخل البنوك أو داخل المشروعات ، فالدائن يقدم بنفسه إلى مصرفه كمبيالة على دعامة ممغنطة ، ولكنه لايكون مضطراً دائماً إلى ذلك فيمكنه أن يقدم إلى مصرفة كمبيالة الكترونية ورقية قريبة الشبه بالكمبيالة الورقية العادية ، كذلك ينبغى أن تكون لدى البنك المرونة الكافية لقبول هذا الشكل الورقى للكمبيالة الألكترونية ، وذلك لأن الكمبيالة الألكترونية بنوعيها الورقية والممغنطة يعاملان على قدم المساواة ، ونأمل أن يأتى اليوم الذى تحل فيه الكمبيالة الألكترونية الممغنطة **L.C.R. magnetique** حلولاً كاملاً محل الكمبيالة الألكترونية الورقية .

ولكن هل تستوى الكمبيالتين فى الوقت الحالى فى نظر القانونين ؟ هذا الأمر سوف نحاول توضيحه فى البنود التالية التى تتناول كل من الكمبيالتين الألكترونية الورقية والألكترونية الممغنطة والعمليات التى تخضع لها كل منهما وفقاً لأحكام قانون الصرف .

ثانياً : الخاصية الأختيارية للكمبيالة الألكترونية :

٢٧ – تتميز الكمبيالة الألكترونية عن الكمبيالة العادية بأن الأخذ بها سواء كانت ورقية أو ممغنطة يقوم على الاختيار المطلق لطرفيها ، فهو يستلزم موافقة الدائن والمدين (الساحب والمسحوب عليه) لتطبيقها ، وكل طرف فيهايمكنه أن يبادر بإقتراح تطبيق هذا النظام على الطرف الأخر للأخذ به ، على الأقل بالنسبة للمدين الذى يمكنه أن يرسل إلى دائنه بيان عن شخصيته المصرفية مرفقاً بما يفيد مزاولة الأعمال معه مما ينم عن موافقته فى إتباع هذا النظام . ومن المرغوب فيه أن يكون موقف هذا الأخير أكثر وضوحاً حتى لا يثور لبس حول إعمال هذا النظام ، ومع ذلك يمكن أن يتفق الدائن والمدين على إتباع النظام التقليدى للكمبيالات ، فالأمر متروك لكامل إختيارهم ، والدائن مع ذلك يمكن أن يدفع ثمن هذا الأختيار وهو دفع المبلغ(٦٢)

أكبر لقاء إستخدامه الكمبيالة العادية ، وهذا المبلغ يقل بنسبة تصل إلى النصف عن إستخدام الكمبيالة الإلكترونية الورقية ، والعشر تقريباً عند إستخدام الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة L.C.R. bande Magnetique الأمر الذى يشجع الدائنين على إستخدام الكمبيالة الألكترونية ، وعادة يقتصر الأستخدام الأختيارى لهذه الكمبيالات على المشروعات دون الأفراد العاديين ، ومن المشروعات الكبيرة من يستخدمها بإختيارها كمنافس للكمبيالة العادية ، كما أن أستخدام هذه الكمبيالات يتزايد من قبل المشروعات الحديثة المجهزة بالحاسب الآلى ، والتى يسهل عليها إصدارمثل هذه الكمبيالات التى تعتمد على التقنية المتقدمة للمعلومات .

ثالثاً : التداول المنظم للكمبيالة الألكترونية :

٢٨ – بجانب الإستخدام الأختيارى للكمبيالة الألكترونية تتميز أيضاً هذه الكمبيالة بخضوعها لنظام خاص بالتداول ، هذا النظام يتم قصراً بين البنوك وليس بين الأفراد العاديين فتداول هذه الكمبيالة لا يتم إلا فى النطاق المحدد لها بين البنوك ، فلا يجوز تداولها سواء كانت على دعامة ورقية أو على دعامة ممغنطة بنفس الطريقة التى يتم بها تداول الكمبيالة العادية ، فالأشخاص الذين يتبعون هذا النظام يحظر عليهم وبصفة مطلقة أن يتلقوا من الساحب أو الحامل كمبيالة تقليدية صادرة على الورق ، فالكمبيالة الألكترونية لا يمكن أن تقترح أو تقبل بالتبادل المباشر (٦٣) دون مرور على الحاسب الآلى للمقاصة .

وإذا كانت الكمبيالة الألكترونية يبدأ إنطلاقها وذيوعها من الدائنين ، فإن استخدام هذه الكمبيالة الألكترونية الورقية يتم عن طريق الحاسب الآلى وحده ، فمن المستبعد تقديم الكمبيالة الألكترونية ولو كانت على دعامة ورقية عند الوفاء ، وذلك بسبب آلية النظام الذى ارتضى أطرافه الخضوع له أختياراً دون وجود لائحة ملزمة بذلك .

رابعاً : عمومية تطبيق الكمبيالة الألكترونية :

٢٩ – يتميز نظام الكمبيالة الألكترونية بأنه نظام ذو تطبيق عام سواء بالنسبة للمشروعات أو البنوك التى تقوم بتطبيقه ، فهو ليس حكراً على المشروعات التى تملك الحاسب الآلى ، فيمكن إصدار هذه الكمبيالة على دعامة ورقية ، وإن كان من المأمول أن تتناقص هذه النوعية من الكمبيالات مع الوقت لتفسح المجال للكمبيالة الألكترونية بمعناها الدقيق(٦٤) ، كذلك الكمبيالة الألكترونية ليست أداة مقصورة على البنوك التى تملك الوسائل الألكترونية(٦٥) للمعلومات ، فهى معروضة على كل البنوك دون إستثناء ، فالبنوك التى لا تملك الوسائل الألكترونية للمعلومات يمكن أن تتعامل بالكمبيالة الألكترونية عن طريق البنوك التى تملكها ، بل أن الأستخدام الأمثل والذى

يحقق إنتاجية أكثر للحاسب الآلى للمقاصة يستلزم إشتراك عشرون بنك على الأقل لتطبيق هذا النظام ، والعدد الحالى يقل عن ذلك ، مما يقتضى زيادة هذا العدد بطريقة غير مباشرة (٦٦) عن طريق البنوك التى تطبق هذا النظام ، وذلك باشتراك غيرها فى تطبيقه ولكن من الباطن ، ولقاء مكافأة تدفعها للبنوك المشتركة فى هذا النظام ، فالكمبيالة الألكترونية تقدم إذا دعمًا للإستخدام القصرى **Exclusive** للبنوك ، فهى لا يمكن أن تقدم إلى التحصيل بواسطة مراكز الشيكات البريدية .

٣٠ – ويدخل فى عمومية التطبيق أن الكمبيالة الألكترونية تعد فنا يقتصر تطبيقه على الأوراق التجارية دون الأوراق المالية ، وعمومًا فإن نسبة الأوراق المالية تكون فى المحفظة المصرفية أقل من نسبة الأوراق التجارية التى تحتل مكاناً يزداد اتساعاً .

ونأمل أن يأتى اليوم الذى يمكن فيه منح الائتمانات المالية بمجرد تسجيل حسابى دون إنشاء السندات أو الكمبيالات (٦٧) .

خامساً : الطابع الوطنى والأقليمى لنظام الكمبيالة الألكترونية :

٣١ – نظام الكمبيالة الألكترونية بتطبيقه الحالى يتميز بأنه نظام ذو طابع وطنى وإقليمى ، فهو فى فرنسا على سبيل المثال يعتمد على نظام الحاسب الآلى لبنك فرنسا والموجود فى باريس ، ويقترح البعض (٦٨) لتقليل عيوب مركزية هذا النظام تزويد البنوك المحلية فى المدن الفرنسية الرئيسية مثل مدينة ليون بالحاسب الآلى ، وذلك لإجراء المقاصة بها والتى تعمل بشروط مشابهة لتلك التى تعمل فى باريس ، ويمكن ربط بنوك المدن الرئيسية داخل البلد الواحد مثل فرنسا ومصر بالحاسب الآلى للمقاصة الموجود فى باريس أو القاهرة ، أيضًا نلاحظ أن هذا النظام أقليمى قاصر على إجراء المقاصة التى تتم داخل حدود الأراضى الفرنسية ، ونأمل أن يأتى اليوم الذى تتم فيه المقاصة ليس فقط على مستوى الدولة الواحدة ولكن أيضاً على المستوى الدولى ، بين بنك فرنسا مثلاً وغيرها من البنوك الموجودة فى الخارج (٦٩) .

ومن الجدير بالذكر أن معظم بنوك الدول النامية والتى تفتقد الأنظمة الحديثة للمعلومات تجهل تقريباً نظام الكمبيالة الألكترونية ، والبعض الآخر يعرفها فى حدود ضيقة على مستوى البنوك الأجنبية والاستثمارية كمصر .

الفصل الأول

الكمبيالة الألكترونيةالورقية ومدى خضوعها لقانون الصرف

المبحث الأول

شكل الكمبيالة الألكترونية الورقية وبياناتها الإلزامية

أولاً : شكل الكمبيالة الألكترونية الورقية :

٣٢ – الكمبيالة الألكترونية الورقية L.C.R. papier هى الكمبيالة الألكترونية الصادرة على الورق ، وهى من حيث الشكل تتضمن فى الأصل البيانات الألزامية التى ترد فى الكمبيالة العادية والمنصوص عليها فى القانونين التجاريين الفرنسى (م ١١٠)(٧٠) والمصرى (م ٣٧٩)(٧١) ، ويتم تكملة هذه البيانات ببيانين منصوص عليهما قانونياً بصفة أختيارية وكانا يردان أحياناً فى الكمبيالة العادية ، وأولهما شرط الرجوع بلا مصاريف أو الأعفاء من عمل الأحتجاج ، والبيان الثانى يتعلق بمحل الوفاء ، هذا بالإضافة إلى احتواء الكمبيالة على بيانات تتعلق ببنك المسحوب عليه والفرع الذى يتم منه الوفاء ، كذلك رقم الحساب الخاص بالمسحوب عليه ، وهذه البيانات يطلق عليها بيانات الشخصية المصرفية للمسحوب عليه .

٣٣ – والإضافة الحقيقية غير المحظورة قانوناً هى بيان رقم حساب المسحوب عليه والذى يبلغه الساحب للبنك بعد إخطاره به من المسحوب عليه والذى ينم عن رغبة هذا الأخير فى قبول التعامل بالكمبيالة الألكترونية ، وهذه البيانات ضرورية حتى تتحقق الغاية من هذه الكمبيالة وهى الوفاء بقيمتها ، وخاصة أن النظام الآلى الذى يخضع له المتعاملين بهذه الكمبيالة يتشدد فى توافر هذه البيانات الألزامية خاصة بيان محل الوفاء وشرط الرجوع بلا مصاريف .

ثانياً : ميعاد الأستحقاق فى الكمبيالة الألكترونية :

٣٤ – تستحق الكمبيالة الألكترونية الورقية مثل الكمبيالة العادية بمجرد الإطلاع أو فى تاريخ محدد ، ولكن عندما تستحق الكمبيالة الألكترونية فى تاريخ محدد فإن هذا التاريخ لا يمكن أن يكون فى أى يوم إذ كان يجب عند بدأ إستخدام هذه الكمبيالة أن يكون فى أيام محدده هى أيام ٥ ، ١٠ ، ١٥ ، ٢٠ ، ٢٥ أو فى نهاية الشهر وكان على العملاء أن يتأقلموا على حصول الوفاء فى هذه التواريخ المحددة ، والتى يتجمع فيها وفاء عدد من الكمبيالات بطريقة إقتصادية ، وحتى يتم تسليم الكمبيالات للبنك وتقديمها للحاسب الآلى للمقاصة ، أما الكمبيالات المستحقة بمجرد الإطلاع فكانت تسويتها تتم فى أقرب ميعاد ممكن من التواريخ المشار إليها سلفاً ، ولكن إعتباراً من أول ديسمبر سنة ١٩٨٢ وعلى أثر زيادة إنتشار نظام الكمبيالة الألكترونية تغير الأمر وأصبح من الممكن أن تحدد مواعيد الاستحقاق بصفة يومية[٧٢] وليس فقط فى الأيام السابق ذكرها .

ثالثاً : مدى الشكلية فى الكمبيالة الألكترونية وأهميتها :

٣٥ – فيما يتعلق بالقواعد الشكلية التى تخضع لها الكمبيالة التقليدية نجد أن الكمبيالة الألكترونية الورقية تكون أكثر شكلية ، فمن الملاحظ أن البيانات الألزامية فى هذه الأخيرة تكون أكثر عدداً من البيانات المطلوبة فى الكمبيالة التقليدية ، وليس هذا ما يهمنا إظهاره فالأهم هو بيان دور وأهمية الشكل المادى بالمعنى الدقيق بالنسبة للكمبيالة الألكترونية ، ففى الواقع أن القانون لم يستلزم بالنسبة للكمبيالة التقليدية أى شكل مادى ملزم[٧٣] ، وهذا لا يعنى إنكار دور الورق الذى لا يمكن أن توجد بدون الكمبيالة، ولكن تظهر الشكلية على وجه الخصوص فى الكمبيالة الألكترونية الورقية فى المظاهر الآتية :

٣٦ – أولاً : الكمبيالة الألكترونية الورقية يجب ملئها على الآلة الكاتبة[٧٤] أو على الحاسب الآلى بحروف كبيرة واضحة ، وذلك حتى يمكن فهمها والإطلاع عليها بسهولة بوسائل الإطلاع الآلية والبصرية ، فالكتابة باليد كما هو الحال فى الكمبيالة التقليدية مستبعدة .

ثانيًا : الكمبيالة الألكترونية الورقية يجب تحريرها وفقًا لنموذج مطبوع[٧٥] ، فالأماكن المخصصة لوضع البيانات وجب مراعاتها بدقة ، والمراد هنا مجرد توافر شكل مادى وليس شكل قانونى ، فالشكل المادى أحياناً يرجع على الموضوع .

ويتميز نظام الكمبيالة الألكترونية بأن النموذج الذى تُطبع عليه الكمبيالة الألكترونية لا يمكن أن يستخدم إلا بصدد الكمبيالات المخصصة للتحصيل بواسطة الحاسب الآلى للمقاصة فالكمبيالة التقليدية لا يمكن أن تعامل وفقاً لإجراءات الكمبيالة الألكترونية .

٣٧ – ثالثًا : هناك شكلية لا تتعلق بالمظهر المادى ولكن بالجوهر أو الموضوع ، أى بتحديد الغرض من تسليم الكمبيالة ، فهل الغرض من تسلم الكمبيالة من العميل إلى البنك هو مجرد تحصيل قيمتها ، أو خصمها لدى البنك ، وكيف أن التسليم يجب أن يعبر شكلياً وبدقة عن قصد الطرفين فى هذا الخصوص ، علمًا أنه لا يوجد على الكمبيالة أية إشارة قاطعة تدل على أنها للتحصيل(٧٦) أو الخصم ، فالكمبيالة الألكترونية الورقية المنشأ (الصادرة على دعامة ورقية) تقوم بدور مزدوج فهى يمكن أن تكون أداة للتحصيل كما يمكن خصمها لدى البنوك وحينئذ تقوم بدور هام فى دعم الائتمان(٧٧) . ويمكن للبنك أن يتخذ إجراء احتياطى فى حالة وجود حساب جارى للعميل لدى البنك وهو قيد الكمبيالة فى الحساب الجارى للعميل ، وذلك لأن هذا القيد يترتب عليه تحويل تسليم الكمبيالة للتحصيل إلى تسليم للخصم(٧٨) .

٣٨ – ويمكن أن تكون الكمبيالة مرفقة ببعض أوراق تدعو إلى الإعتقاد بأن الكمبيالة رغم تسليمها بنية التحصيل يمكن أن تكون محررة لأمر البنك بقصد الخصم ، والتفرقة بين الفرضين ليست مجرد تفرقة نظرية فحسب ، وإنما لها آثار قانونية وعلى وجه الخصوص بالنسبة للعلاقة بين المسحوب عليه والساحب أو مصرف هذا الأخير .

ففى حالة التسليم بقصد التحصيل يمكن للمسحوب عليه أن يحتج فى مواجهة مصرف الساحب بالدفوع التى يجوز له التمسك بها فى مواجهة مسلم الكمبيالة (الساحب)(٧٩) على العكس من ذلك لا يهتم مسلم الكمبيالة للبنك فى حالة التصفية القضائية للأموال بهذه العلاقات القانونية ، فإذا كان تسليم الكمبيالة على سبيل التحصيل وليس على سبيل التمليك يظل مسلم الورقة صاحب الدين المسلم فيها ، ولذلك يتعين على مسلم الورقة أن يقيم الدليل فى مواجهة أصحاب الشأن ومنهم أمين التفليسة على أن الكمبيالة سلمت على سبيل التحصيل ، وحينئذ يظل مسلم الورقة هو صاحب الحق فى الدين المذكور فى هذه الورقة .

٣٩ – وتجنباً لهذه المشاكل قد أكد بنك فرنسا على دقة القانون فى هذا الخصوص وذلك فى رأى له فى سبتمبر ١٩٦٧ مفادة أن الكمبيالة التى تحرر من أجل التحصيل لا يمكن أن تنشأ مباشرة لأمر البنك ، لأن هذا الأخير سوف يصبح وفقًا للمادة ١١٦ من التقنين التجارى الفرنسى مالكاً

لمقابل الوفاء ، كذلك كمبيالات التحصيل يجب أن تكون مسحوبة لأمر الساحب نفسه متضمنة إشارة عدم تظهيرها إلا بقصد التحصيل ، وبعد ذلك تظهر لأمر البنك ، وإحتراماً لهذه المبادئ لا يقبل بنك فرنسا الكمبيالات الألكترونية إلا إذا كانت مظهرة(٨٠) .

المبحث الثانى

مدى خضوع الكمبيالة الألكترونية الورقية للقبول والضمان الاحتياطى والتظهير

أولاً : القبول :

٤٠ – تقديم الكمبيالة الألكترونية الورقية للقبول أمر ممكن ، ونموذج الكمبيالة المطبوع يشير إلى إمكان ذلك ، ورفض قبول الكمبيالة يؤدى إلى نفس النتائج(٨١) التى تترتب على عدم قبول الكمبيالة التقليدية .

وتقديم الكميالة للقبول لا يثير أية مشكلة إذا أمّن الساحب قبول المسحوب عليه للكمبيالة قبل تسليمها للبنك لتحصيلها ، وفى الواقع الكمبيالة الألكترونية الورقية ترسل إلى القبول بنفس شروط الكمبيالات العادية ، توقيع المسحوب عليه على الورقة نفسها يجب الحصول عليه ، وأى بنك كبير لن يلتزم بالقبول إلا إذا كانت الورقة سوف تستحق بعد أربعين يومًا على الأقل من إستلامها ، هذه المدة لها أثر هام هو دفع المسحوب عليه إلى العدول عن عملية القبول ، هذا فضلاً عن أن قبول الكمبيالات من قبل البنوك يدفعهم إلى الإحتفاظ بها للقيام بوفائها ، ونظام الكمبيالة الألكترونية لم يقم على تسليم الكمبيالات للمسحوب عليهم ، فهذه العملية من شأنها أن تشجع المسحوب عليهم على عدم الأخذ بنظام الكمبيالة الألكترونية أو تدفعهم للضغط على الساحبين بالا يقدموا الكمبيالات المسحوبة عليهم للقبول ، وهذه النتيجة المزدوجة من شأنها أن تمنع عملاً تقديم الكمبيالة الألكترونية للقبول ، وتقرير لجنة جيلة Gilet كشف أن ثلاثة أخماس $\frac{٣}{٥}$ ا الكمبيالات لاتقدم إلى القبول .

٤١ – ومن عيوب قبول الكمبيالة الألكترونية أنه سوف يترتب علي ذلك إمتناع بعض المسحوب عليهم عن وفاء الكمبيالات غير المقبولة ، كما أن البنوك يجب أن تعدل من عاداتها فى هذا الخصوص سواء بقبول الكمبيالات سواء من حيث إظهار الإشارة الدالة على القبول على بيان الحساب المرسل إلى المسحوب عليه .

وفـي النهـاية نرى أن القبـول إذا كـان ممكنا بالنسبة إلى الكمـبيالة الألـكترونية الـورقية فهو لا يتـفق(٨٢) عـمـلاً مع روح هذا النظام ، وذلك لأنه يتطلب تداول الأوراق الأمـر الذى تسـعى الكمبيالة الألكترونية لتجنبه ، هذا فضلاً أن قبول الكمبيالة يشكل صعوبة بالنسبة لبنك المسحوب عليـه تتمـثل فى عـدم وجود توقـيع(٨٣) لديه بالقبـول يظهـر على الورقـة الموجودة فى حـيازة البنك المحرك للكمبيالة .

ثانيًا : الضمان الأحتياطى :

٤٢ – وكما يجوز قبول الكمبيالة الألكترونية الورقية يجوز أيضا الضمان الأحتياطى **Unaval** لها ، ويصدر الضمان الأحتياطى وفقًا للمادتين ١٣٠(٨٤) من قانون التجارة الفرنسى و ٤١٨(٨٥) من قانون التجـارة المصرى ، ونموذج الكمبيالة المطبوع يتضمن مكاناً مـحفوظاً للضمان الأحتياطى عليها ، وحـصـول الضمـان الأحتيـاطى كثير للوقوع فى العمل سواء كان الساحب قد أنشأ الكمبيالة لأمره وأراد أن يكفل تعـهـد بمقدم للضمان لإمكانية تظهير الورقة للغير بصفة خاصة بنك فى حالة ما تكون الكمبيالة خالية من قبول المسحوب عليه ، سواء كان المظهر يعانى من بعض صعوبات فى تداول ورقة مسحوبة على أشخاص ملائهتم المالية غير أكيدة .

٤٣ – وفى الواقع أن الكمبيالة الألكترونيـة الورقية تتلائم مع الضمان(٨٦) الأحتياطى الصادر على الورقة عدا الحالة التى يكون فيها الضمان قبل تسليم الورقـة للبنك ، أو حالة إعلان البنك أنه لم يستلم الكمبيالة للخصم لأن الضمان غير مفيد للبنك إذا كان إستلام الورقة لمجرد التحـصيل ، وإذا كان الضـمـان الاحتيـاطى يتلائم مع الكمبيالة الألكترونية الورقية إلا أنه ينبغى أن نلاحظ أن مـجال تطبيقه سوف يصبح ضيقاً بسبب عدم تظهير الكمبيالة الورقية تظهيراً ناقلاً للملكية كما سوف نشير فيما بعد .

فالكمـبيـالة تسلم من الساحب إلى البنك ، فـلا مـحل لوجـود ضـمـان أحـتياطى يضمن توقيع المظهر ، والمدينين المضمونين لن يكونوا فى الواقع سوى الساحب والمسحوب عليه .

٤٤ – هكذا نخلص إلى أن الضمان الإحتياطى للكمبيالة الألكترونيـة الورقيـة الذى يمكن فى العـمل أن يتـعلق بالسـاحب أو المسـحـوب عليـه يكون ممكناً ، وهـو يمكن تقـريره عند إصـدار(٨٧) الكمـبيـالة وفقًا لشروط المادتين ١٣٠ من قـانون التجـارة الفرنسى والمادة ٤١٨ من قـانون التجـارة المصرى ، أما بالنسبة لغيرهم من الموقعين فهو غير ممكن بسبب عـدم تظهير الورقة تظهيراً ناقلاً للملكيـة إلا فـى أضيق الحدود كذلك يمكن إجراء ضمان أحتياطى للكمبيالة بعد تسليمهـا إلى البنك ، ولكن الضـمـان هـنـا يكـون على ورقـة مسـتقلة عن الكمـبـيـالة ، ولذلك فـهـو ينتج أثره بين طرفـيـة فحسب ، ولا يكون ضماناً صرفياً(٨٨) .

ثالثاً : تظهير الكمبيالة الألكترونية الورقية :

٤٥ – تظهير الكمبيالة الألكترونية الورقية ممكن ، إذ يستطيع العميل أن يستخدم نظام التظهير مع بعض مراسلية ، فهو يمكنه تسليم الكمبيالة إلى مصرفه سواء للتحصيل أو للخصم[٨٩] . وسوف نبحث مصير التظهير الناقل للملكية وما نلاحظه ينطبق سواء بالنسبة للتظهيرات السابقة على تسليم الورقة للبنك سواء بالنسبة للتظهير بمعرفة البنك .

هكذا نلاحظ أنه ليس مستبعداً إمكانية تظهير الكمبيالة الورقية بمناسبة تسليمها إلى البنك الممول سواء على سبيل التمليك بواسطة المستفيد أو بواسطة حامل لاحق لمصلحة المصرف الذى يقوم بالخصم سواء كانت الكمبيالة مظهرة على سبيل التمليك قبل تسليمها للبنك وذلك لمصلحة حامل قد عهد بتحصيلها إلى البنك ، سواء كانت مظهرة على سبيل التمليك بواسطة المستفيد أو حامل لاحق بواسطة البنك الذى يقوم بالخصم .

٤٦ – فتظهير الكمبيالة الألكترونية ليس إذا أمراً محظوراً [٩٠] ومن ذلك حالة الشركات التى تسلم الكمبيالات لبنوكها بقصد خصمها أو تحصيلها ، ففى الأصل تسلم هذه الكمبيالات إلى البنك مباشرة من الساحب نفسه ، والحالة التى تسلم فيها الكمبيالة للبنك بواسطة شخص أخر غير الساحب تعد إستثنائية بالنسبة لهذا المستند ، هكذا يعد إستثنائى التظهير الناقل للملكية للكمبيالة الألكترونية وذلك لأن خصم الكمبيالة الألكترونية يأخذ عادة شكل سحب الكمبيالة لأمر المصرف دون توسط أى حامل بينهما .

فالكمبيالة الألكترونية الورقية للتحصيل لابد أن تصدر لأمر الساحب وتتضمن فى الخلف إشارة مقتضاها أنها صدرت بقصد التحصيل ، وبعد ذلك تظهر لأمر البنك ، أو تنشأ لأمر الساحب وتظهر بمعرفته لأمر البنك المحصل مع إشارة القيمة للتحصيل **Valeur en recouvrement** .

٤٧ – فقانونا التظهير الناقل للملكية من قبل البنك يمكن حصوله ، وإن كان فى الحقيقة ينبغى عدم وقوعه وذلك لعدة أسباب هى :

١ – حصول التظهير يعتبر ضد تعهد البنك على الأقل ضمنياً قبل الساحب بالمحافظة على الكمبيالة لدية .

٢ – مثل هذا التظهير الناقل للملكية لمصلحة شخص أخر غير البنك يجب أن يثير عدم ثقة المظهر إليه الذى يعتقد أن الكمبيالة المظهرة إليه من البنك ربما تكون سلمت إلى البنك بقصد التحصيل .

٣ – إذا إفترض أن الكمبيالة أخذت من البنك لخصمها التظهير الناقل الذى يتم من هذا الأخير للتمويل لا يحدث كثيراً لأنه يصبح غير مفيد .

وعمومًا البنك يمكن أن يقوم بخصم الكمبيالة الألكترونية لكى يعيد تمويل نفسه ، وإعادة التمويل هذه تتطلب مع ذلك الشكل التقليدى للتظهير ، وفى حالة عدم القيام بالتظهير يخاطر البنك بالقيام بوفاء مزدوج ، وعمومًا نقل الديون في السوق النقدى لا يستلزم فى فرنسا(٩١) منذ عام ١٩٧١ التظهير أو النقل المادى للأوراق .

وفى النهاية نخلص إلى أن التظهير الناقل للملكية للكمبيالة الألكترونية الورقية قليل الوقوع عملاً ومصيره إلى الزوال(٩٢) .

المبحث الثالث
وفاء الكمبيالة الألكترونية الورقية

٤٨ – وفاء الكمبيالة الألكترونية سواء كانت ورقية أو ممغنطة يتم بين البنوك وعن طريق الحاسب الآلى دون التدخل الشخصى للساحب أو المسحوب عليه كما يحدث عادة فى الكمبيالات التقليدية ، وتخضع عمليات الوفاء بالكمبيالة الألكترونية الورقية لعدة خطوات تبدأ بتسليمها من الساحب إلى المصرف الذى يتعامل معه ، يقوم بعد ذلك بنك الساحب (المحرك للكمبيالة والحائز للصك الورقى) بنقل ما يحتويه الصك من بيانات على دعامة ممغنطة أو (ديسكت) إذا كانت الكمبيالة ورقية ويحتفظ بالكمبيالة الورقية لديه لإستخدامها عند اللزوم (فى الرجوع فى حالة عدم الوفاء أو المعارضة[٩٣] أو الاثبات) .

المرحلة الثالثة تتم بعد ذلك بتجميع كل الكمبيالات الصادرة والتى تستحق فى تاريخ واحد على المستوى القومى وذلك لتقديمها إلى الحاسب الآلى للمقاصة ، بعد إنجاز الإجراءات اللازمة على الأشرطة الممغنطة يسلم الحاسب الآلى إلى البنوك محل الوفاء شريطاً ممغنطاً متضمناً عدد الكمبيالات الواجب وفائها وبياناتها والتى يجب على كل بنك الوفاء بها ، هكذا يتم الوفاء[٩٤] من بنك إلى بنك بواسطة المعلومات المسجلة على الأشرطة الممغنطة عن طريق النظام الآلى للمعلومات دون تقديم مادى للكمبيالة الورقية المحتجزة عند بداية إنطلاقها لدى البنك الساحب .

أولاً : مدة تقديم الكمبيالة للوفاء :

٤٩ – تقديم الكمبيالة الألكترونية فى تاريخ الأستحقاق المتوقع يستلزم مراعاة مدة معينةيجب تقديم الكمبيالة للبنك قبل إنقضائها حتى يتمكن البنك من وفاء الكمبيالة ، هذه المدة كانت ثمانية [٩٥] أيام قبل تاريخ إستحقاق الكمبيالة عند بداية ظهور الكمبيالة الألكترونية وأصبحت منذ عام ١٩٨٢ ست أيام مفتوحة قبل تاريخ الإستحقاق ، وذلك لتسليمها إلى الحاسب الآلى[٩٦] للمقاصة ، وللعميل حرية الإتفاق مع البنك على تقديم الكمبيالة فى وقت ملائم حتى يتمكن هذا

الأخير من تقديمها فى الوقت المناسب قبل تاريخ الإستحقاق . وهذا التداول بواسطة الحاسب الآلى قاصر على البنوك والزامى بالنسبة لها ، وتقديم الصك إلى الحاسب الآلى يحقق فى نظر الفقه[٩٧] نفس الأثر الذى يترتب على تقديمه إلى غرفة المقاصة [٩٨] ، بعد معاملة الكمبيالة بالحاسب الآلى ترسل الديسكت الممغنطة إلى بنك المسحوب عليه ، هذا الأخير يحرر بناء على تعليمات عملائه والمعلومات التى تصل إليه إشعاراً ورقياً محدداً الكمبيالات واجبة الدفع فى تواريخ إستحقاقها مع كل المعلومات المتعلقة بها ، هذا الإشعار عبارة عن بيان محرر من شقين يرسلان إلى المسحوب عليه معا .

٥٠ – عند موافقة المسحوب عليه على قيام البنك بالوفاء يرسل إليه الشق الأيسر من هذا الإشعار مؤرخاً وموقعاً منه ، ويحتفظ المسحوب عليه بالشق الأيمن من الإشعار والذى يحمل نفس البيانات والذى يمكنه من إثبات حصول الوفاء عند اللزوم ، والإشعار المشار إليه يمكن للمسحوب عليه إعادته للبنك بعد فحصه فى اليوم الأخير السابق على تاريخ الإستحقاق كحد أقصى ، وعند عدم حصول ذلك هذا يعنى عدم دفع قيمة الكمبيالة ، فالوفاء بالكمبيالة الألكترونية يقع إذاً عند مبادرة[٩٩] المدين الذى يحتفظ بقدر من السلطة فى إتخاذ القرار بالوفاء ، وذلك على خلاف ما يحدث فى حالة الإخطار بالخصم أو الإقتطاع من الحساب .

فى حالة عدم وفاء الكمبيالة فتتبع الكمبيالة غير المدفوعة دورة عكسية[١٠٠] حتى الساحب وتكون مدة إعادتها ستة أيام مفتوحة بعد[١٠١] تاريخ الإستحقاق ، وعند مرور الكمبيالة أثناء العودة يأخذ البنك المركزى أثناء مرورها (بنك فرنسا بصدد القانون الفرنسى) كل الإستعلامات الضرورية لتقديمها لمركز الخدمة الرئيسية للكمبيالات غير المدفوعة .

٥١ – من الجدير بالذكر أنه فى حالة عدم الوفاء أيا كان المبرر لا يحرر فى الأصل أى إحتجاج ، لأن الكمبيالة الألكترونية تضمن شرط الرجوع بلا مصاريف ، والذى يعنى الإعفاء من عمل الاحتجاج ولكن الإشعار بعدم الدفع يعود إلى بنك الساحب متبعاً نظام معلوماتى عكس السابق ذكره ، وهذه العودة يجب أن تتم خلال مدة محددة وضيقة (ستة أيام من تاريخ الإستحقاق) ، فإذا لم يحدث هذا الإشعار من حق بنك الساحب أن يفترض أن الكمبيالة قد تم تسويتها ، فبنك محل الوفاء يتحمل حينئذ مخاطر الصمت[١٠٢] ، وهو حل قاسى ولكن يمكن تحديد مسئولية المصرف الذى يخل بإلتزامه فى هذا النظام بتعويض المضرور عن الضرر المتكبد ، ويتمثل التعويض فى التزام البنك الأخير بوفاء الكمبيالة ، ويستفيد هذا الأخير من مبدأ الحلول المنصوص عليه فى القانون المدنى[١٠٣] .

٥٢ – وإذا كان الأصل أن وفاء الكمبيالة يستلزم تقديمها للمسحوب عليه أو إلى بنك هذا الأخير في حجرة المقاصة ، وكذلك تمام عملية الوفاء يستلزم الحصول على مخالصة أو تأشير على الكمبيالة بالتخالص[١٠٤] ، فإن استخدام الكمبيالة الألكترونية كما أشرنا سلفاً يستبعد هذين الفرضين لأن بنك الساحب عند إستلامه الكمبيالة يقوم بنقلها على دعامة ممغنطة ويحتفظ بها لديه ولا يقدمها بعد ذلك لأحد ، فعدم تقديم الكمبيالة وعدم تسليمها عند الوفاء يتطلبها الزاميا إتباع نظام الكمبيالة الألكترونية ، فهما حجر الزاوية لهذا النظام ، وبينما تعطى قواعد القانون التجارى المسحوب عليه حق الحصول على مخالصة من الحامل عند وفاء الكمبيالة ، نرى أن هذه الأمور تمثل جوهر المشكلة بالنسبة للكمبيالة الألكترونية ويمكن حلاً لهذه المشكلة أن يتخلى بنك المسحوب عليه من شرط الإطلاع على الكمبيالة عند المطالبة بها ، وعن إستلامها عند وفائها مانحا ثقته إلى البنك ، كذلك يمكن للمسحوب عليه أن يتخلى عن إستلام الكمبيالة عليها المخالصة بالوفاء .

ثانياً : حالة الوفاء الجزئى للكمبيالة :

٥٣ – فى حالة الوفاء الجزئى للكمبيالة وهو – فرض جائز بالنسبة للكمبيالة الألكترونية كما هو الحال بالنسبة للكمبيالة التقليدية – يكون من حق المسحوب عليه إستلام قائمة بالكمبيالات التى تم تسويتها فعلاً ، ولا يحق له الحصول على إيصال بالوفاء من الحامل ، أو تأشيرة على الكمبيالة تفيد ما تم به الوفاء وفقًا للمادتين ٣/١٣٦[١٠٥] من التقدين التجارى الفرنسى والمادة ٣/٤٢٧[١٠٦] من قانون التجارة المصرى ، فالخضوع إلى نظام الكمبيالة الألكترونية يفترض معه التخلى[١٠٧] عن هذا الحق ، فالصعوبة التى تثور فى هذه الحالة هى أن الكمبيالة الألكترونية عند وفائها جزئياً لا يؤشر عليها بما يفيد هذا الوفاء الجزئى تطبيقاً للمادتين ٣/١٣٦ تجارى فرنسى و٣/٤٢٧ تجارى مصرى ، ويخشى حينئذ قيام الحامل بإعادة تظهير الورقة مرة أخرى ويحصل على قيمتها كاملة فى غياب وجود تأشيرة على الكمبيالة تفيد حصول الوفاء الجزئى ، وفى هذا الفرض نكرر ما سبق ذكره بخصوص التظهير وهو أن تظهيرالكمبيالة الألكترونية بواسطة مستلمها محل شك فى ذاته ، ويجب أن يثير شك كل مظهر إليه ، والحل فى هذا الفرض هو إمكانية أخذ تعهد[١٠٨] صريح على البنك الذى تلقى الورقة بأن يحتفظ بها لديه وإلا يقوم بتظهيرها مرة أخرى تظهير ناقل للملكية ، وأن المسحوب عليه لا يدفع المبلغ المذكور فى الكمبيالة سوى مرة واحدة ، هذه الوسيلة هى الحل لتجنب الصعوبات السابق ذكرها .

٥٤ – ومن الصعوبات التى يمكن أن تثور بصدد الكمبيالة الألكترونية وتستحق البحث هى حالة المسحوب عليه القابل للكمبيالة ، والذى يمكن أن يشترط عند وفاء الكمبيالة وجوب تسليمها

له ، ويمكن أن يرفض الوفاء عند عدم حصول هذا التسليم ، تغلبًا على هذه الصعوبة يجب على المتعاملين بالكمبيالة الألكترونية إدراك ما تحققه هذه الكمبيالة من سهولة ويسر للمتعاملين بها ، وأن الدخول فى هذا النظام يقوم على إشتراط عدم التقديم المادى للكمبيالة الألكترونية أو تسليمها(١٠٩) عند الوفاء وأن هذين الشرطين غير قابلين للمعارضة من الأطراف التى تأخذ بهذا النظام .

ثالثًا : إثبات الوفاء :

٥ – يتم إثبات وفاء الكمبيالة الألكترونية عن طريق إشعار(١١٠) الوفاء الذى يحرر من قبل البنك الذى يقوم بالوفاء يتم تحريره قبل تاريخ الإستحقاق ، ويؤشر به فى الجانب المدين للمسحوب عليه ، كل ما هو مقيد فى الحساب يعد دليلاً على إثبات الوفاء لصالح المسحوب عليه ويأخذ حكم المخالصة بالنسبة لهذا الأخير ، ويمكن أيضًا للمسحوب عليه أن يطلب من مصرفه مع إستعداده لدفع التكاليف كشف بالحساب يشمل بيان بالكمبيالات التى تم الوفاء بها ، أو تلك التى لم يتم الوفاء بها ، البنك حينئذ يزود العميل بكشف بالكمبيالات الألكترونية التى تم الوفاء بها ، والذى يعد المستخرج منه دليلاً على إثبات حصول الوفاء . يحدث نفس الوضع فى حالة الوفاء بجزء من الكمبيالة ، فيصدر البنك كشف حساب يتضمن الجزء الذى تم الوفاء به والمشار إليه فى الحساب المدين للمسحوب عليه ، من وجهة النظر القانونية يكون هذا الكشف وسيلة لإثبات وفاء الكمبيالة من قبل المسحوب عليه ، ويمكن فى حالة وفاء كمبيالات فى تواريخ متباعدة أن يرسل البنك إلى المسحوب عليه إشعار بوفاء كل كمبيالة تم إستلامها ، هكذا يجد المسحوب عليه فى هذا الإشعار بالإضافة إلى كشف حسابه المدين والمستخرج من حسابه لدى البنك إثبات على وفاء الكمبيالة واحدة كانت أو أكثر .

٥٦ – هكذا نجد أن إثبات الوفاء بالكمبيالة الألكترونية يتم بواسطة إخطار المسحوب عليه بطلب (١١١) الوفاء بالكمبيالة الألكترونية ، يكمله نسخة من حساب العميل (المسحوب عليه) لدى البنك وكلاهما يعد فى الواقع إثباتاً ورقياً أو بالأوراق(١١٢) .

من المعروف أن إشعار طلب الوفاء الختامى الخاص بالكمبيالة الألكترونية لم يعد بعد عملاً مطلقاً وعاماً ،وذلك منذ أن أصبح من حق المسحوب عليه إبداء رغبته فى الحصول على إشعار وفاء الكمبيالات على شرائط ممغنطة ، فى هذه الحالة المسحوب عليه سوف يقتصر أن يرسل إلى بنكه المعلومات المتعلقة بالكمبيالات التى تكون مرفوضة كلياً أو جزئيًا ، أما الكمبيالات الأخرى فسوف يتم الوفاء بها آليًا ، هكذا نجد المسحوب عليه لا يملك الجزء الأيمن من إشعار طلب الوفاء كوسيلة

إثبات ، ولكن يملك فقط صورة من مستخرج حسابه الذى يتضمن حالة الوفاء الكلى للكمبيالات والشريط الممغنط الذى حصل عليه من البنك ، والسؤال المطروح الآن هو هل يمكن للمسحوب عليه أن يقيم الدليل مستقبلاً على حصول الوفاء بالاستعانة بالأشياء التى توجد فى حيازته ؟ وهى الشريط الممغنط (ديسكت) ونسخه من مستخرج حسابه . الإجابة يجب أن تكون بنعم ، فالفقه(١١٣) الحديث يرى أنه يجب قبول الدعائم الممغنطة كوسيلة للإثبات صالحة تماماً كالوسائل الورقية ، على الأقل فى العلاقات بين التجار ، أيضًا القانون التجارى المصرى الحديث(١١٤) أجاز الاثبات بالصور المصغرة الميكروفيلم فى المعاملات التجارية إذا تم حفظها وإستيفائها الشروط التى يحددها وزير العدل .

٥٧ – والسؤال الثانى الذى يحتاج إلى الإجابة هو وهل وسائل الإثبات الموجودة تحت تصرف المسحوب عليه يمكن أن تقدم له نفس الفاعلية أو نفس الأمان الذى كان يحققه له تسلم الكمبيالة للمسحوب عليه عليها مخالصة بالوفاء ؟ فحيازة هذه الأخيرة كانت تشكل دليلاً فعالاً للمسحوب عليه على وفاء الكمبيالة فى مواجهة أى شخص كان ، فالمسحوب عليه للكمبيالة الألكترونية الذى ارتضى إثبات التسوية يمكنه أن يلجأ بكل تأكيد إلى إشعار طلب الوفاء ، أو كشف الحساب المدين ومستخرج من حسابه لكى يحقق هذا الإثبات فى حالة مطالبته مرة أخرى بوفاء الكمبيالة .

هذا السؤال مطروح بالنسبة لمستقبل الكمبيالة الألكترونية ، لأن المسحوب عليه المقترح عليه إتباع نظام جديد لوفاء الكمبيالة وللإثبات من حقه أن يشترط أن يحقق له النظام الجديد للوفاء نفس الأمان الذى يحققه له النظام القديم .

٥٨ – والفرض الذى يمكن أن تقدم فيه الكمبيالة للوفاء مرة ثانية لا يقع إلا من بنك الساحب أو المستلم ، أو من بنك أخر حول له بنك الساحب أو المستلم الكمبيالة على سبيل التمليك ، أما إذا كان التقديم الثانى وقع من بنك الساحب الذى تسلمها على سبيل التحصيل ، فيمكن للمسحوب عليه أن يتمسك فى مواجهته بالوفاء مستندا إلى الأدلة السابق ذكرها (إشعار طلب الوفاء ، كشف الحساب المدين ، مستخرج من حساب المسحوب عليه) ، كذلك يمكنه التمسك بنفس الأدلة فى مواجهة الساحب .

ونظراً للصعوبات التى تنشأ عن تظهير الكمبيالة الألكترونية مرة ثانية تظهيراً ناقلاً للملكية فينبغى على المصرف الذى قبل تظهير الكمبيالة تظهيراً لصالحه أن يعلم أن هذا التظهير ليس مخصص للتداول وسوف يكون عرضه للعقاب(١١٥) ، إذا تم تظهيرها مرة ثانية إلى حامل حسن النية.

الفصل الثانى

الكمبيالة الألكترونيةالممغنطة

La lettre de change relevé magnetique

المبحث الأول

ماهية الكمبيالة الألكترونية الممغنطة وتميزها عن مثيلتها الورقية

أولاً : ماهية الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة[١١٦] La lettre de change: relevé bande magnetique

٥٩ – لما كان الهدف الأساسى من إستخدام الكمبيالة الألكترونية هو الإقتصاد فى إستخدام الورق وما يصاحبه من تكاليف باهظة فى إنشاء الكمبيالات ظهر شكل جديد للكمبيالة الألكترونية هو الكمبيالة الألكترونية الممغنطة ، أو على دعامة ممغنطة ، وهذه الكمبيالة لاتصدر على دعامة ورقية كما هو الحال فى الكمبيالة الألكترونية الورقية **La lettre de change relevé papier** وإنما تصدر على دعامة ممغنطة (ديسكت) بحيث يمكن الإطلاع عليها ومعاملتها عن طريق الحاسب الآلى وهذا الشكل من أشكال الكمبيالة الألكترونية يتسم بالبساطة فهو يتفادى ضرورة تحريرها إبتداء على الورق ، فبينما يقوم الساحب فى حالة تحرير الكمبيالة الألكترونية الورقية بتسليم كمبيالة حقيقية ورقية إلى مصرفه ، ثم يقوم هذا الأخير بنقل بياناتها على دعامة ممغنطة ، فهذه الأخيرة تنطوى على قدر كبير من التيسير وتحقق ميزة مزدوجة ، لا تتمثل فى الإستغناء عن الورق وتوفير تكاليف إستخدامه فحسب ، وإنما تتمثل أيضاً فى توفير ما يفقد من وقت وجهد سواء فى إعادة نقل الكمبيالات الورقية على دعائم ممغنطة أو فى تداولها وتسويتها .

ففى الكمبيالة الممغنطة يسلم الساحب إلى مصرفه دعامة ممغنطة وليست محرراً ورقياً متضمنه كافة البيانات الإلزامية للكمبيالة مضافًا إليها كل البيانات المتعلقة بالشخصية المصرفية للمسحوب عليه ومحل الوفاء(١١٧) .

٦٠ – هكذا إذا كان الساحب يمكنه أن ينشئ بنفسه الكمبيالة على دعامة ممغنطة فإن إنشائها على دعامة ورقية يصبح غير ضرورى وغير مفيد ، وينبغى إذا الغاؤه على الأقل للإستفادة من تجنب ضريبة الدمغة(١١٨) التى توضع على الكمبيالة الورقية ، أيضاً لا يمكن الحديث عن الكمبيالة الألكترونية بالمعنى الدقيق إلا بالإستغناء تماماً عن الورق فى إنشاء الكمبيالة ، وإنشاء الكمبيالة الألكترونية مباشرة على دعامة ممغنطة(١١٩) ، وذلك لأن الكمبيالة الألكترونية بالمعنى الدقيق هى التى تخضع منذ إنشائها حتى الوفاء بها إلى الوسائل الألكترونية .

وإستخدام الكمبيالة الألكترونية يتم فى الواقع من قبل المشروعات(١٢٠) الكبيرة التى تملك تجهيزات الكترونية وعلمية ملائمة ، وتملك ثقة البنوك ، فالمشروع العميل مؤهل ليسجل على دعامة ممغنطة كل معطيات الكمبيالة الألكترونية ويسلمها إلى البنك ، وعادة هذه المشروعات تصدر فواتيرها على ديسكت ، ففى الحالة التى يثبت فيها الدائن فواتيره عن طريق الحاسب الآلى من المتوقع أنه بدلاً من إستخدام كمبيالة الكترونية ورقية أن يسلم إلى بنكه دعامة ممغنطة (ديسكت) بهذه الكمبيالة ، ولكن البنك من جهته يجب أن يتخلى عن الضمانات(١٢١) التى توفرها له الكمبيالة التقليدية خاصة الناجمة عن نقل مقابل الوفاء ، كذلك الناشئة عن التوقيع بالقبول والضمان الاحتياطى .

ثانياً : الفروق بين الكمبيالة الألكترونية الورقية ومثيلتها على دعامة ممغنطة :

٦١ – هناك فارق كبير بين الأثنتين ، فالكمبيالة الورقية هى كمبيالة حقيقية بعد إنشائها تنقل على دعامة ممغنطة بواسطة بنك الساحب ، أما الثانية فلا تعد فى الحقيقة كمبيالة ، فلا توجد كمبيالة فى الواقع دون صك ورقى ، على أى حال الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة **L.C.R. bandemagnetique** تستبعد إبتداء أى ورق مكتوب ، فى ضوء هذه المواصفات يمكن التساؤل عما إذا كانت تسمية الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة تعتبر تسمية موفقة أم لا ، إذا كانت الحرف الثلاث **L.C.R.** لمجرد الخيال **Fantaisie** فيمكن قبول هذه التسمية ، حقاً أن تعبير كمبيالة الكترونية مغناطيسية يثير فكرة صدور كمبيالة على دعامة ممغنطة ، ولكن مع ذلك هذه التسمية تثير قدراً من الغموض ، علماً أن إتفاقية جنيف لا تتعارض(١٢٢) مع وجود أداة يمكن أن يطلق عليها كمبيالة ولا تقدم الخصائص القانونية المعروفة فى القانون الموحد .

٦٢ – فكلمة كمبيالة لا تتمتع بالحماية مثل الشيك ، فلا يجوز إصدار صك يحمل كلمة شيك دون أن يتضمن شروطه ، والأمر ليس كذلك بالنسبة للكمبيالة ، فكل تسمية أخرى غير كمبيالة الكترونية على دعامة ممغنطة دون شك سوف تكون أفضل ، مثلاً يقال أداة التحصيل الآلى أو أى تسمية أخرى مشابهة .

فالقول مرة واحدة بقبول إستخدام إصطلاح الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة يترتب عليه بسهولة أن أى من النصوص الخاصة فى القانون التجارى ، والمتعلقة بالكمبيالة لا يمكن أن تجد هنا محلاً للتطبيق ، وأن أى من العمليات التى تخضع لها الكمبيالة التقليدية لا يمكن التفكير فيها بالنسبة للكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة **L.C.R. Band magmetique** . قانونيًا الكمبيالة الألكترونية الممغنطة تقوم أساسًا على فن التحصيل(١٢٣) أو الوكالة فى التحصيل أكثر من كونها صك(١٢٤) بالمعنى المعروف ، فعن طريقها البنك المستلم للكمبيالة يقوم بقبض ديون عميله مستخدماً الوسائل الألكترونية . فالبنك المحصل يعد فى الواقع وكيلاً عن العميل فى قبض قيمة الكمبيالة الذى يعهد له العميل بتحصيلها عن طريق تسليمه الدعامة الممغنطة مصحوبة بكشف ورقى .

٦٣ – البنك ينفذ بعد ذلك الوكالة ناقلاً هذه الأشرطة بواسطة الحاسب الآلى للمقاصة ، المطالبة بالوفاء تتم بواسطة أشرطة أخرى ممغنطة لدى مصرف المدين الذى يبدو فى نفس الوقت كوكيل يحل محل بنك الدائن فى التحصيل ووكيل عن المدين فى الدفع ، فى الواقع المدين عند إرساله إلى بنكه الكمبيالة الألكترونية فإنه يعطى إلى هذا الأخير وكالة بالوفاء ، فمن المعروف أن تحديد محل الوفاء ينتج بالمثل وكالة معطاه بواسطة العميل إلى مصرفه (١٢٥) .

فالدفع من حساب إلى حساب هو الذى يسود عملية الوفاء فى الكمبيالة الألكترونية ، فالدعامة الممغنطة لا تعتبر فى هذا الصدد سوى دعامة للمعلومات المتعلقة بالكمبيالة **Informatique** فالديون المذكورة على الدعامة المغنطيسية ليس لها قيمة فى ذاتها ، فهذه الأخيرة لا تعد ممثلة للديون ، فلا تعدو أن تكون أداة إثبات تضاف مرة ثانية إلى الإثبات المكتوب الناتج عن الكشف المفصل للحساب والمصاحب للدعائم الممغنطة ، وهذا يعنى أنه ليس هناك محل للقول بنقل ملكية مقابل الوفاء إلى البنك الذى إليه تسلم الدعامة الممغنطة ، فالكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة لا تسمح إذا إلى البنك وحده بتحقيق إئتمان حقيقى للخصم ، فهى تحصر موقفه فى دور وحيد هو التحصيل(١٢٦) ، ولهذا فتصفية أموال البنك قبل القبض لا تهم البنك مسلم الكمبيالة .

على خلاف ذلك الكمبيالة الألكترونية الورقية والتى تعد كمبيالة حقيقية يمكن أن تسلم إلى البنك على سبيل التحصيل أو على سبيل الخصم .

المبحث الثانى

مدى خضوع الكمبيالة الألكترونية الممغنطة للعمليات التى تخضع لها الكمبيالة العادية

أولاً : عدم انطباق التظهير والضمان الاحتياطى والقبول على الكمبيالة الممغنطة :

٦٤ – من الجدير بالذكر أن الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة وبسبب عدم وجود صك مادى ملموس لا تخضع للتظهير الناقل للملكية ولا ينطبق عليها الضمان الاحتياطى بالمعنى المصرفى لهذه الكلمة ، كذلك لا تخضع للقبول من المسحوب عليه وفقًا للمادتين ١٢٤[١٢٧] من قانون التجارة الفرنسى والمادة ٤٠٩[١٢٨] من قانون التجارة المصرى ، أيضاً يجوز للمدين فى هذه الكمبيالة أن يتمسك فى مواجهة (الحامل) بكل الدفوع التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الدائن ، لأن التظهير للتوكيل لا يظهر الورقة من الدفوع . كذلك لا يجوز فيها عمل الاحتجاج لعدم الوفاء أو عدم القبول لأنها تتضمن شرط الرجوع بلا مصاريف .

٦٥ – هكذا نلاحظ أن القسوة التى يتسم بها قانون الصرف بصدد الكمبيالة التقليدية مستبعدة[١٢٩] بالنسبة للكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة ، أيضاً مدد التقديم المتوقعة بالنسبة للكمبيالات التقليدية لا محل لتطبيقها بالنسبة للكمبيالة الألكترونية ، كذلك قواعد القانون التجارى المطبقة فى حالة عدم الوفاء ، فالمعارضة فى الوفاء ممكنة وفقًا لقواعد القانون العادية ، وليست محددة بحالات معينة كما هو الحال فى المعارضة فى وفاء الكمبيالات وفقًا للمادة٤٣١[١٣٠] من قانون التجارة المصرى والتى تقابل المادة١٤٠[١٣١] من التقنين التجارى الفرنسى .

ثانياً : إمكانية الوفاء الجزئى بالنسبة للكمبيالة الألكترونية الممغنطة :

٦٦ – على عكس المادة ٢/٤٢٦[١٣٢] من قانون التجارة المصرى التى تنص على أنه « لا يجوز لحامل الكمبيالة أن يمتنع عن قبول الوفاء الجزئى » نجد أن المدين فى الكمبيالة

الألكترونية على دعامة ممغنطة لا يملك أن يجبر الدائن على قبول الوفاء الجزئى ما لم يكن هناك إتفاق مخالف لذلك .

ثالثاً : فقد الدعامة الممغنطة وأثره على الكمبيالة الألكترونية :

٦٧ – إذا فقد البنك الدعامة الممغنطة المسجل عليها الكمبيالة الألكترونية لا يتوقع إمكانية استبدالها ، وإنما يجب على البنك اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها من المادة ٤٣٣ من قانون التجارة المصرى والتى تتعلق بفقدان الكمبيالة سواء كانت مقبولة أو غير مقبولة ، وهذه الإجراءات هى استصدار أمر من القاضى المختص بوفائها بشرط أن يثبت ملكيته لها وأن يقدم كفيلاً ، وذلك مع الأخذ فى الاعتبار مسئولية (١٣٣) البنك عن ضياع الكمبيالة بسبب خطأه . كما يتعين على البنك أن يخطر العميل الدائن الذى يخصه عمل الإخطار للحصول على الوفاء بديونه .

هكذا نلاحظ أن الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة لا تثير تطبيق قواعد القانون التجارى المصرفية ، وإنما يمكن أن تطبق عليها قواعد القانون المدنى العادية المتعلقة بالوكالة والحوالة ، كذلك قانون العقود والالتزامات .

رابعاً : المدة الواجب مراعاتها لحفظ الدعائم الممغنطة :

٦٨ – اختلف الفقه حول المدة الواجب مراعاتها لحفظ الدعائم الممغنطة والمسجل عليها الكمبيالات الإلكترونية إلى اتجاهين : الاتجاه الأول يرى وجود حفظ الدعائم الممغنطة لمدة ست سنوات(١٣٤) من تاريخ الإستحقاق ، أما الإتجاه الثانى فيرى وجوب حفظ الدعائم الممغنطة لمدة عشر سنوات(١٣٥) وهى مدة التقادم للالتزامات التجارية فى القانون الفرنسى(١٣٦) بين التجار أو بين التجار وغير التجار .

ونحن من جهتنا نميل إلى تطبيق الرأى الأخير وجعل مدة الإحتفاظ بالدعائم الممغنطة فى القانون المصرى(١٣٧) لمدة سبع سنوات وهى مدة تقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية وذلك إعتباراً من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالكمبيالة .

المبحث الثالث

عيوب نظام الكمبيالة الألكترونية
والصعوبات التى يواجهها هذا النظام

أولاً : عيوب نظام الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة :

٦٩ - لا شك أن نظام الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة لا يخلو من كثير من العيوب خاصة عند مقارنته بالكمبيالة التقليدية ومن هذه العيوب ما يلى :

١- عجز هذه الكمبيالة عن أداء دور الكمبيالة التقليدية ، أو حتى دور الكمبيالة الألكترونية على دعامة ورقية ، هذا الدور هو كونها أداه للائتمان ، فالكمبيالة الألكترونية الممغنطة ليست سوى أداة ملائمة للتحصيل[١٣٨] وقبض الديون ، يتم إستخدامها بناء على مبادرة الدائن تاركًا للمدين الموافقة على الوفاء ومراقبة حصوله ، لكن هذه الكمبيالة لا يمكن أن تكون فى الوقت الحالى أداة ائتمان مضمونة بنقل ملكية[١٣٩] مقابل الوفاء ، فهى غير قادرة على تحقيق إئتمان حقيقى للخصم بأن تنقل إلى البنك دين المستلم على المدين .

والبعض لا يقنع بهذا الدور المتواضع للكمبيالة الألكترونية كأداه للتحصيل ، ويرى أنها يجب أن تكون أداه للإئتمان ، وذلك عندما يكون هناك إتفاق بين مسلم الكمبيالة والبنك على أن تكون الكمبيالة موضوعًا للخصم مصحوباً بنقل ملكية مقابل الوفاء للبنك ، وذلك يتم دون مراعاة قواعد الحوالة الواردة فى القانون المدنى ، وإنما بإتباع قواعد أبسط يضعها المشرع لتلائم الكمبيالة الألكترونية الممغنطة وتستمد من القانون التجارى وقانون الصرف معا .

٧٠ - وهذا الحل يتحقق بالنظر إلى الدعامة الممغنطة فى ذاتها بإعتبارها ممثلة للديون المسجلة عليها ، وأنه بفضل تدوين بيانات عليها تفيد حصول خصمها وأن القيام بتحويلها يعنى حوالة الديون المسجلة عليها ، وإذا كان يعترف بذلك للكمبيالة والشيك ونقلها يعتبر نقلاً للدين فلماذا لا يعترف بذلك بالنسبة للدعامة الممغنطة[١٤٠] للكمبيالة الألكترونية ، المسألة تستحق على الأقل أن

تكون مطروحة على بساط البحث ، فالفقه الحديث أجاز من قبل قبول الدعائم الممغنطة كوسائل إثبات صالحة مثل الأوراق(١٤١) ، بل أن القانون التجارى(١٤٢) المصرى أجاز حديثا الصورة المصغرة (الميكروفيلم) كوسيلة للإثبات تقوم مقام الأصل تماماً إذا تمت بخصوصها مراعاة الإجراءات التى يحددها وزير العدل .

٧١ – هكذا يمكن إجازة حوالة الديون التجارية عن طريق الكمبيالة الألكترونية ، دون مراعاة قواعد القانون المدنى للحوالة ، ففى القانون التجارى يكفى إتفاق الطرفين لعمل الحوالة والإحتجاج بها ليس على المحيل فحسب ، بل للإحتجاج بها فى مواجهة الغير ، بل أيضاً فى مواجهة أمين التفليسة دون مراعاة شكليات القانون المدنى للحوالة . فينبغى إذاً وضع قواعد تتسم بالمرونة تتفق مع نقل الديون عن طريق الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة . وقد سلك المشرع هذا السبيل بالنسبة لحالات مماثلة، مثل تحويل الفواتير(١٤٣) ونقل الديون إلى البنوك أو المؤسسات المصرفية بقواعد مرنة .

فالقاعدة الجديدة المقترحة بالنسبة للكمبيالة الألكترونية من هذه الحالات وفى نفس الحدود فيمكن للمرء أن يتخيل أن حوالة الديون التى تصدر على كمبيالات الكترونية ذات دعامة ممغنطة تكون منظمة بالاعتماد على بيان الحساب Bordereau المستند الوحيد الورقى الذى يصاحب نقل هذه الكمبيالات الممغنطة ، والذى يعتبر بمثابة كشف حساب يمثل الدين ، وهذه هى الفكرة التى يعتقد المرء(١٤٤) فى ملائمتها ، و هو ما يؤيد دور الأوراق فى نقل الديون ، فتسليم بيان الحساب الموقع بواسطة المستلم يرجح حوالة الديون المسجلة على الكمبيالة الألكترونية ، والحوالة التى تتم بهذه الطريقة يحتج بها على الغير دون مراعاة أى شكلية أخرى .

٧٢ – أيضاً عيوب الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة هى ضرورة وضع توقيع على الدعامة الممغنطة والاعتراف بصحة هذا التوقيع ، وذلك وفقاً للمادتين ١١٠/٨(١٤٥) من القانون الفرنسى و ٣٧٩/ح(١٤٦) من القانون التجارى المصرى ، حقاً أن النصين السابقين لم ينصا صراحة على ضرورة صدور الكمبيالة على صك ورقى ولكنهما متفقان على لزوم التوقيع وضرورته لصحة الكمبيالة ، حتى بالرغم من أن المشرع الفرنسى أجاز منذ تشريع ١٦ يونية سنة ١٩٦٦ حصول التوقيع بوسائل غير مكتوبة ، هذا فضلاً عن أن المصرف(١٤٧) تخلى بصدد الكمبيالة الألكترونية عن الضمانات التقليدية لقانون الصرف .

هكذا نلاحظ أن الكمبيالة الألكترونية فى الوضع الحالى للقانون الفرنسى لا تكن سوى أداة للتحصيل ، والإثبات بواسطة كل وسائل المادة ١٠٩[١٤٨] تجارى فرنسى بعد تعديلها عام ١٩٨٠ لا يكف للتمسك بها .

فالدعامة الممغنطة لا يمكن أن تقدم دعمًا قانونياً كافياً سواء لنقل مقابل الوفاء ، سواء لنقل الدين المصرفى ، فلا توجد أى قاعدة صرفية تقليدية يمكن أن تدعم هذا الوضع ، والكمبيالة الألكترونية المستخدمة كوكالة فى التحصيل يمكن دون شك أن تعطى مكاناً إلى قروض تحت التحصيل ، ولكن أى مقاصة لا يمكن أن تتم فى حالة تصفية الأموال والتسوية القضائية بين مبلغ هذا القرض والمبلغ المحصل بعد الحكم الكاشف بالإفلاس .

٧٣ – هكذا نلاحظ أنه إذا كانت عيوب الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة تتلخص أساسًا فى عدم قدرتها على توفير الإئتمان من ناحية ، وفى صعوبة التوقيع عليها من ناحية أخرى ، فإنه من المتوقع أن يحدث فى المستقبل القريب تيسيرات ملحوظة وقابلة للتحقيق تفيد فى إستخدام هذه الكمبيالة ، فالملاحظ أن عمليات كتابة الفواتير ونقل الديون تتم عن طريق الحاسب الآلى ، كما أن الحوالة بين البنوك سوف ترتكز على محور وطنى هو الحاسب الآلى للمقاصة للبنك المركزى ، هذا النظام سوف يعتمد ويرتبط بنظام أساسى للمعلومات ، ولكن هذا النظام يعيبه أنه يواجه بعض المخاطر ، مثل حصول الإضراب ، كما أنه لا يلائم سوى المشروعات والبنوك الكبرى المزودة بالحاسب الآلى ، ولا يتلائم جيداً مع المشروعات حال مرورها بظروف إقتصادية صعبة[١٤٩] .

ثانياً : الصعوبات التى تواجه نظام الكمبيالة الألكترونية الممغنطة ومواجهتها[١٥٠] :

٧٤ – ١ – هذا النظام يحتاج إلى تدخل كبير من القانونيين المؤهلين ، كذلك توافق كبير بين قانون الإثبات والمعطيات التقنية للمعلومات ، الأمر الذى يعلى ضرورة تعديل قوانين الإثبات وقوانين الصرف سواء فى فرنسا أو فى مصر بما يتلائم مع تبنى نظام الكمبيالة الألكترونية ، ومع التوسع فى إستخدام الحاسب الآلى ونظم المعلومات فى نقل الديون ووفائها .

٢ – الأخذ بهذا النظام يستلزم الدقة الصارمة والأمانة المطلقة للمستندات سواء فى المعلومات أو الإتصالات .

٣ – يحول دون الأخذ بهذا النظام إفتقار كثير من البنوك والمشروعات خاصة فى الدول النامية لنظم المعلومات الحديثة (الحاسب الآلى) فينبغى إذا تعميم نظم المعلومات الآلية فى هذه المؤسسات وذلك لإمكانية تبنى هذا النظام والتوسع فى تطبيقه .

٧٥ – ٤ – عدم ملائمة قواعد قانون الصرف الحالية لتطبيق نظام الكمبيالة الألكترونية الأمر الذى يقتضى وجوب وضع تنظيم قانونى حديث يتفق وإستخدام الحاسب الآلى سواء فى تداول الكمبيالات أو الوفاء بها .

٥ – هذا التنظيم يجب أن يتخلى عن ضرورة نقل[١٥١] الكمبيالة من يد إلى يد لتحصيل قيمتها ، أو لا يستلزم إستلامها من المسحوب عليه عند وفائها ، كذلك النصوص المتعلقة بتظهير الكمبيالة وقبولها وضمانها احتياطيا ، أيضاً المتعلقة بالرجوع والتدخل تعتبر بصورتها الحالية عقبة أمام نظام الكمبيالة الألكترونية ، فيجب تعديلها أو قصر[١٥٢] تطبيقها على الكمبيالات التقليدية التى تنظم العلاقات الفردية .

الخاتمـــة

٧٦ – نخلص مما سبق إلى أن الكمبيالة الألكترونية ما هى إلا نموذج جديد من نماذج الكمبيالة العادية ، وقد إبتكر العمل المصرفى هذا النموذج دون تدخل من المشرع بغية تفادى المشاكل الناشئة عن إستخدام الكمبيالة التقليدية ، وهذه المشاكل تمثلت أساساً فى التكاليف الباهظة الناشئة عن إستخدام الورق فى إنشاء الكمبيالة ، وفى الوقت والجهد الضائعين من العاملين فى سبيل تسوية العمليات الناشئة عنها ، ولكن التطبيق العملى للكمبيالة الألكترونية كشف عن بعض الصعوبات التى تعترض نجاح هذه الكمبيالة وإنتشارها فى الحياة العملية ، سواء بسبب عجزها عن أداء بعض وظائف الكمبيالة التقليدية كوظيفة منح الإئتمان ، إذ أنها خاصة فى النموذج الممغنط لم تستطع القيام بهذه الوظيفة ، سواء بسبب عدم قدرتها على نقل ملكية مقابل الوفاء ، فاقتصر دورها على أن تكون أداة لتحصيل الديون أو وفقاً لرأى الفقه وكالة فى تحصيل الديون ، سواء بسبب عدم خضوعها للقبول أما بسبب طبيعتها أو بسبب رفض المسحوب عليهم الوفاء بالكمبيالات غير المقبولة ، ولا يمكن تظهيرها تظهيراً ناقلاً للملكية لما يصاحب ذلك من إحتمال وفائها أكثر من مرة ، كذلك لا تخضع للضمان الإحتياطى والتدخل خلافاً للكمبيالة العادية .

٧٧ – هذا فضلاً عن أن إستخدام هذه الكمبيالة كشف ضعفاً قانونياً أخر ، هذا الضعف تمثل فى كيفية إثبات وفائها كلياً أو جزئياً ، وتعارض ذلك مع أحكام قانون الصرف التى تستلزم إستلام المسحوب عليه الكمبيالة مؤشراً عليها بالوفاء الكلى أو الجزئى الأمر الذى يستحيل تطبيقه مع هذه الكمبيالة بسبب صدورها على دعامة ممغنطة أو ديسكت ، أضف إلى ذلك ضرورة التوقيع على الكمبيالة الممغنطة بأسلوب أخر يتفق مع طبيعتها ويختلف عن التوقيع المعتاد على الكمبيالة العادية ، ومدى صحة هذا التوقيع وقبوله كبيان ملزم لصحة الكمبيالة ، يضاف إلى ذلك بعض الصعوبات العملية الأخرى التى تتمثل فى أن تطبيق نظام الكمبيالة الألكترونية يحتاج إلى تعميم النظم الحديثة للمعلومات وتطبيق نظام الحاسب الآلى فى البنوك والمشروعات التى تأخذ بهذا النظام ، هذا فضلاً عن إرتباطها بالحاسب الآلى للمقاصة على مستوى الدولة ، أو على الأقل على مستوى المحافظة ، الأمر الذى يتعذر تحقيقه فى الوقت الحالى فى كثير من الدول التى لم تأخذ

بعد بالأساليب الآلية للمعلومات ، ومن هذه الدول كثير من الدول النامية ، ففى مصر مثلاً كثير من بنوك القطاع العام تجهل نظام الكمبيالة الألكترونية ولا تطبقه .

٧٨ – يضاف إلى ذلك الصفة الاختيارية لتطبيق هذا النظام ، والتى تحد كثيراً من نطاق تطبيقه ، الأمر الذى يحتاج إلى تدخل المشرع لتشجيع تطبيقه وتعميمه بقدر المستطاع ، وذلك لما يحققه تطبيق نظام الكمبيالة الألكترونية من مزايا إقتصادية سواء فى الإقتصاد فى تكاليف إنشاء الكمبيالات أو فى توفير الوقت والجهد المبذول فى تسوية العمليات الناشئة عنها ، وقد سلك المشرع الفرنسى هذا المسلك وإتخذ بعض الخطوات فى سبيل تشجيع إستخدام الكمبيالة الألكترونية وذلك على صعيد الأشغال العامة والصفقات العامة ، فالوقت والجهد اللذان يمكن توفيرهما من تطبيق هذا النظام يمكن للبنوك الإستفادة بهما فى زيادة خدماتها المصرفية الأخرى وتطويرها .

٧٩ – أيضاً نجاح هذا النظام يتطلب فضلاً عما سبق إجراء بعض الإصلاحات التشريعية أهمها تطوير قانون الصرف بحيث يتضمن أحكاماً جديدة تلائم نظام الكمبيالة الألكترونية وتزيد من فاعليته ، أيضاً تعديل قوانين الإثبات وتطوير أحكامها بحيث يكتفى فى إثبات وفاء الكمبيالة الألكترونية بإشعارات الوفاء الصادرة من البنوك وكشوف حساباتها دون لزوم إستلام الكمبيالة مؤشراً عليها بالتخالص عند الوفاء .

كذلك الإعتراف بصحة التوقيع الرقمى على الدعامات الممغنطة فى الإثبات وإعطاؤه حجية إثبات التوقيع العادى على المحررات ، فمثل هذه التعديلات من شأنها إضفاء الثقة على الكمبيالة الألكترونية الممغنطة ، الأمر الذى يمكنها من أن تكون أداة حقيقية وملزمة للوفاء والأئتمان ، وليست مجرد وسيلة لتحصيل الديون يتوقف إستخدامها على إختيار أطرافها وقبولهم إستخدامها .

٨٠ – هكذا نرى فى النهاية أنه ينبغى وضع التشريعات الضرورية التى تلائم ثورة المعلومات التى نعيشها اليوم ، فيجب وضع نصوص تتصف بالتبسيط والتجديد وتقوم على دعم دور الحاسب الآلى وحياده ، ويستبعد من القوانين الحالية كل ما هو غير مفيد وغير قابل للتطبيق آملين من وراء ذلك أن يأتى اليوم الذى يقل فيه استخدام النقود التقليدية وما تتكلفه من نفقات باهظة وتحل محلها النقود وأدوات الدفع الألكترونية ، وقد لاحظنا ذلك فى إنتشار بطاقات الإئتمان وحلولها فى التعامل محل النقود العادية ، فقد يأتى اليوم الذى تحل فيه الأوراق التجارية الألكترونية وعلى رأسها الكمبيالة الممغنطة (الكمبيالة الألكترونية بالمعنى الدقيق) محل الكمبيالة الورقية العادية التى تصبح أثراً من آثار الماضى .

هوامش

(١) يقصد بالأوراق التجارية Les effets de commerce المحررات الشكلية التى تتطلب لصحتها عدة بيانات حددها القانون تمثل مبلغاً من النقود واجب الدفع فى تاريخ معين أو قابل للتعيين ، قابلة للتداول بالطرق التجارية ويمكن تحويلها فوراً إلى نقود بخصمها لدى البنوك واستخدامها كأداة لتسوية الديون . والأورا ق التجارية المعروفة فى القانون المصرى هى الكمبيالة والسند لأمر والشيك – راجع مؤلفنا فى القانون التجارى الطبعة الثانية عام ٢٠٠٠/٢٠٠١ بند رقم ٩٢ .

(٢) د. أمين بدر (الأوراق التجارية فى التشريع المصرى) الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ ، بند ٤ .

(3) René ROBLOT, les effes de commerce, éd. sirey 1975 no. 314 Gavalda et stoufflet, Droit du credit T. II no 4' R. DE ROOVER, l'evolutin de la lettre de change, 1953; le GOFF . Marchands et banquiersdu moyen age Que sais je 1972 .

(4) V. Huvelin; Travaux sur l'histoire de la lettre de change 1901.

(5) Réne ROBLOT op . cit. n° . 15 .

(٦) وهى مأخوذة من كلمة Cambiale الإيطالية وتؤدى أيضاً فى اللغة الإيطالية معنى السند الأذنى ، وباللغة الفرنسية lettre de change ويطلق عليها فى دوائر التجارة Traite ويطلق عليها باللغة الإنجليزية bill of change .

(٧) Change tiré وهو مقايضة ديون حاضرة بديون غائبة أو آجلة ، راجع د. أمين بدر الأوراق التجارية فى التشريع المصرى ،الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ ، بند ٢٢ .

(8) Ripert et Roblot, traité, elementaire de Droit commercial, 8 éd . 1976 no 1916-1920 .

(٩) د . محمد صالح ، الأوراق التجارية وأعمال ، البنوك والإفلاس الجزء الثانى ص ١٥ ، د . أمين بدر ، نفس المرجع ، بند ٢٤ ، أستاذنا الدكتور . محسن شفيق العقود والأوراق التجارية والإفلاس بند ٢٣٤ (ا لوسيط فى القانون التجارى المصرى ، الجزء الثانى ، طبعة ١٩٥٧) ، Ripert et Roblot op-cit. no 1919

(١٠) أول أثر للتظهير ظهر سنة ١٦٠٠ بنابولى إذ ورد ذكره فى أحد قوانينها Pragmatique حيث كان لا يجوز تظهيرالكمبيالة إلا مرة واحدة ،ثم أخذ التجار بعد ذلك فى التظهير أكثر من مرة ، وهو مامكن التجار من تداول الكمبيالة دون حاجة إلى الإلتجاء إلى البنوك وبذلك تمكنوا من تسوية ديونهم دون تدخل الصيارفة ، ثم صدر الأمر

الملكى الفرنسى سنة ١٦٧٣ وأجاز تظهير الكمبيالة أكثر من مرة ولم يشترط أن يكون وصول القيمة نقود بل يمكن أن تكون بضاعة وقد وردت هذه التعديلات فى تقنين التجارة الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٧ .

(11) L'ordonnance de 1673 sur le commerce de terre comprned 4 3 articles consacrés à la lettre de change et au billet de change, v. Gavalda et stoufflet op. cit. n° 5.

(١٢) عالج التقنين الملغى الكمبيالة فى المواد من ١٠٥ إلى ١٨٨ أى فى ٨٤ مادة .

(١٣) د . على سيد قاسم ، قانون الأعمال ، الجزء الثالث (وسائل الائتمان التجارى وأدوات الدفع فى القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٩ ، ص ٢٦ ، بند ٢٧ .

(١٤) بينما بلغ عدد الكمبيالات التى أنشئت فى فرنسا عام ١٩٧٤ مائتين وخمسين مليون كمبيالة فإن عدد الكمبيالات الألكترونية بلغ فى هذا التاريخ مليون فقط الأمر الذى يدل على ضآلة حجم الكمبيالة الألكترونية بالنسبة إلى حجم الكمبيالة العادية التقليدية فى هذا التاريخ .

V.Ripert et Roblot op. cit. no. 1920 .

(15) C. M.C.C. Le credit de mobilisation des créances commerciales.

(16) Ripert et Roblot, op. cit. no. 1920 .

(17) Jean- louis Rives -lange et monique contamine -Raynaud, Droit bancaire 60 éd Paris dalloz no. 330 p 326 .

(18) V.R. JACQELINE' la littre de change relevé, Banque 1972, p. 15- 19 .

(19) V.R. JACQELINE, p. 16.

(20) La lettre de change-relevé (L.C.R.) Banque 1971, p. 63 - 67 surtout p. 63. sans signature.

(21) Gavalda et Stoufflet op. cit n°. 134 et s .

(22) Jacques VANRENTERGHEM, l'ordinateur De compensation, Banque 1974 p. 284 - 286 .

(23) V. Blanche SOUSI-ROUBI, Lamobilisation des créances ou l'informatique, le droit et le papier, Gazette de palais 1982 , p. 263.

(24) V. Rives lange et Monique Raynand op. cit. n°. 330; Gavalda et staufflet op. cit. n° . 134; Jacques VANRENTER GHEM, op-cit. p . 285- Ripert et Roblot op. cit n° 1920 .

(٢٥) راجع مؤلفنا فى القانون التجارى ، الطبعة الثانية ٢٠٠٠/٢٠٠١ ، بند ٩٢ وما بعده .

(٢٦) تنص المادة ٣٧٩ من قانون التجارة الحالى على البيانات الإلزامية التى يجب أن تتضمنها الكمبيالة حتى تستوفى شكلها القانونى كورقة تجارية وهى :

(أ) كلمة كمبيالة مكتوبة فى متن الصك وباللغة التى كتب بها .

(ب) أمر غير معلق على شرط بوفاء مبلغ معين من النقود .

(جـ) إسم من يلزمه الوفاء (المسحوب عليه) .

(د) ميعاد الإستحقاق .

(هـ) مكان الوفاء .

(و) إسم من يجب الوفاء له أو لأمره (ا لمستفيد) .

(ز) تاريخ ومكان إصدارالكمبيالة .

(حـ) توقيع من أصدر الكمبيالة (الساحب) على نحو مقروء .

(٢٧) من الجدير بالذكر أن قانون التجارة الحالى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ يجيز إصدار الكمبيالة رغم وجود شخصين فقط وذلك إذا جمع شخص واحد صفتين فى آن واحد كالجمع بين صفة الساحب والمستفيد فى شخص واحد أو الجمع بين صفة الساحب والمسحوب عليه فى شخص واحد وأن كان وصف الكمبيالة فى هذين الفرضين محل خلاف فقهى وعلى ذلك تنص المادة ٣٨١ بقولها :

١ – يجوزسحب الكمبيالة لأمر الساحب نفسه .

٢ – يجوزسحبها على الساحب .

٣ – يجوز سحبها لحساب شخص آخر .

(٢٨) د . محسن شفيق ، بند ٦٢ ، د . مصطفى كمال طه ، بند ٤٩ ، د . محمد حسنى عباس ، القانون التجارى ، الكتاب الأول ، بند ١٠٧ ، د . على جمال الدين ، الوجيز ، جزء (٢) ، بند ٤٧ .

(٢٩) – د . محسن شفيق ، بند ٦٢ .

(٣٠) المشرع الفرنسى يتبنى الصفة التجارية المطلقة للكمبيالة فالمادة ٦٣٢ من التقنين التجارى الفرنسى تنص على أن : " La loi répute acte de commerce : entre toutes personnes les lettre e change"

(٣١) راجع د . سمية القليوبى – الأوراق التجارية سنة ١٩٩٩ بند رقم (٣) .

– د .على سيد قاسم (قانون الأعمال الجزء الثالث ، وسائل الإئتمان وأدوات الدفع وفقًا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بند ٢٥ ، د . عماد الشربينى ، القانون التجارى الجديد لسنة ١٩٩٩ ص ١٧٩ ، أيضًا د . نادية محمد معوض ، القانون التجارى وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ص ٦٣ .

(٣٢) أستاذنا الدكتور على جمال الدين عوض ، الشيك فى قانون التجارة ، طبعة ١٩٩٨ ، بند ١٨ ، د . مختار بريرى قانون المعاملات التجارية بند ٢٢٨ .

(٣٣) تنص المادة الثامنة من قانون التجارة الحالى على أن :

١ – الأعمال التى يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته تعد أعمالاً تجارية .

٢ – كان عمل يقوم به التاجر يعد متعلقاً بتجارته مالم يثبت غير ذلك .

(٣٤) على عكس ذلك المشرع الفرنسى نص صراحة على تجارية الكمبيالة أيا كان أولو الشأن فيها وذلك فى المادة ٦٣٢ المخصصة لسرد الأعمال التجارية .

(35) V.R. JACQUELINE, (la L.C.R.) op. cit p. 15 - 19 .

(36) Gavalda et staufflet op. cit . n° 135 .

(37) L'art 110 du code de com. Fr. dispose à ce propos que : la lettre de change contient :

1 - La dénomination do lettre de change insérée dans le texte même du titre et expirmée dans la langue employée pour la rédaction de cetitre.

2 - Le mandat pur et simple de payer une somme determinée .

3 - Le nom de celui qui doit payer (tiré)

4 - L'indication de l'ocheane.

5 - Celle du lieu oú le payement doit s'effectuer.

6 - Le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le payement doit être fait .

7 - L'indication de la date et du lieu oú la lettre est crééé.

8 - La signature de celui qui émet la lettre (tireur) (L. n° 66- 380 du 16 juin 1966) "cette signature est apposée, soit à la main, soit pour tout Prscédé non manuscrit ".

(38) V.R. JACQUELINE, op. cit. p. 15 .

(39) C.E.T.N.B : Banque 1974 p. 551, note d'information Banque de France n° 57 .

(40) Alain CHOLET, le service informatique est-il réservé aux banques les plus importantes. Banque 1975, 726 - 730 .

(41) Michel vasseur , la lettre de change relevé " De l'inffuence de l'informa-

tique sur le Droit" éd sirey 1976 n° 5. p. 12 et v. le même auteur Rev. trim De Droit commercial 1975 p. 203 et suiv.

(٤٢) الكمبيالة الألكترونية الورقية يجب أن تحفظ بواسطة بنك الساحب على الأقل طوال فترة التقادم المنصوص عليها قانوناً حتى يستطيع البنك عن طريقها ممارسة الرجوع المقترح بإسم صاحب الحق في هذه الكمبيالة راجع المادة ١٨٩ Bis من القانون التجارى الفرنسى والمعدلة بقانون ٣ يناير سنة ١٩٧٧ . وكذلك المادة ٦٨ من قانون التجارة المصرى الخاصة بتقادم الالتزامات التجارية .

(43) L'art - 110 de code de com. Français .

(٤٤) المادة ٣٧٩ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(45) Code banque .

(46) Mumero de compte .

(47) Code guichet .

(48) V. Blanche SOUSI - ROUBI op cit. p. 264 .

(49) C'est la raison pour laquelle Il ne peut étre question de billet à ordre, bande magnétique, car l'usage du billet à ordre impose la création d'un support papier, V. Michel vasseur . la lettre de change relevé op. cit. n°. 36 .

(50) Gavalda et Stoufflet op. cit . n° 134 .

(٥١) من الجدير بالذكر أن حجم الكمبيالات الألكترونية مازال متواضعاً بالنسبة للكمبيالات التى تصدر فى فرنسا على وجه العموم ، فهو يصل إلى أربعين مليون فرنك بالنسبة لمبلغ الكمبيالات الصادر فى فرنسا على وجه العموم ، فهو يصل إلى أربعين مليون فرنك بالنسبة لمبلغ الكمبيالات الصادرة فى فرنسا وهو ٧٧٤ مليون فرنك يعنى حوالى ١٦,٥٪ (ترجع هذه الإحصائية إلى عام ١٩٨٥ ومن المحتمل أن تكون قد تغيرت الآن فى صالح الكمبيالة الألكترونية بعد صدور بعض التشريعات المشجعة لإستخدامها فى مجالات الأشغال العامة منذ عام ١٩٨٨ (note d'information de la banque de France n° 69) كذلك يلاحظ تزايد إستخدام الكمبيالة الألكترونية من عام إلى آخر فهى مثلاً كانت فى عام ١٩٧٨ تشكل ٧,٧٪ وقد أصبحت فى عام ١٩٨٢ (٢٢,٨٥٪) مما يدل على أن إستخدام هذه الكمبيالة فى تزايد مستمر راجع Dominique BARTHARÈS,évolution du système

LCR. Banque 1983 p. 993 et 994 .

(52) Ripert et Roblot op. cit. t II n°. 1920.

(53) Gavalda et stoufflet, op. cit . n°. 134.

(٥٤) هذه النصوص أشترطت لصحة الكمبيالة توافر بيانات إلزامية معينة دون أن تشترط صدورها على صك مصنوع من الورق مما يعنى أنه لا مانع من إتخاذ الصك أى شكل آخر غير الورق كما لو كان على شريحة ممغنطة يمكن قراءتها وكتابتها بالوسائل الألكترونية الحديثة كالحاسب الآلى ، المهم أن تتوافر فيها خصائص الورقة التجارية كالكفاية الذاتية وبياناتها الألزامية ، من أنصار هذا الرأى زميلنا الدكتور على سيد قاسم ، نفس المراجع ، بند ٦ .

(55) V.R. JAQUELINE, op . cit . p .15 .

(56) Le Brochures de l'A.F.B, 1971, 1977 .

(57) Michel vasseur, op. cit . p. 23 .

(58) D. 7 Dec . 1987 , instr. 23 Dec. 1987(J. O. 21 Dec. 1987) inst, aux comptables du tresor du 20 janv . 1988 .

(59) V. J.HUGON "une petite revolution :le paiement des marchés publics par L.C.R., Rev . Dr. bancaire 1988 - 84 .

(٦٠) كذلك (Décret no 95 - 439, 20 avril)1995 ce texte vise à renforcer la valeur de la . L. C. R comme instrument de paiement de marchés publics. V. Rev . trim . de Dr. com. 1995 p .626 .

(61) V. Blanche SOUSI - ROUBI, la mobilisation des creances ou l'informatique, le droit et le papier, Gaz. pal. 13 mai 1982 p. 263 - et s .

(62) 27 f. Fr. + T.V.A pour la lettre de change Classique;13, 50 f. frt la lettre de change relevé sous Forme de support Papier et 2, 454 T.V.A Pour la lettre de change relevé sur Support magnetique, V. Rives lange et Raynaud op. cit . n° 332 .

(63) Vasseur op. cit . n° . 8 .

(64) La lettre de change relevé magnetique .

الكمبيالة الألكترونية على دعامة ممغنطة .

(65) V.ACHOLET, le service informatique est il reservé aux banques les plus importantes ? V. Banque 1975 p. 726 .

(66) La banque de France, en sa qualité de gestionnaire de l'ordinateur de compensation, a accepté d'assurer le traitement des operations concernant les établissements dont l'activité est trop faible pour qu'ils puissent avoir la qualité de sous - particiports, v. M. vasseur op - cit n°. 9 . p . 20 .

(67) V.R. JACQUELINE, la L. C.R. OP-Cit Banque 1972 . p.19.

(68) Michel Vasseur, op -cit. n°. 9.

(69)La creation en mai 1973, de la society for worldwide interbank financial tele communication (SWIFT) ENTRE 329 banques de 15 pays en vue de l'accélération des transferts intermationaux montre la voie. V. Banque 1974 p. 288 et 404; M. de HALGOUET, reseaux Financiers commutation et diffusion d'information Banque 1973, p. 657; F. DENT Z, la banque et l'utilisation du systéme swift, banque no. spec. avril 1975. p. 43 .

(٧٠) سبق الإشارة إلى هذه البيانات بند رقم (١٦).

(٧١) سبق الإشارة إلى هذه البيانات ، بند رقم (٨) .

(72) V. Dominique PARTHARE'S, evolution du systéme LCR op. cit. p 994 .

(٧٣) راجع الموا د المنظمة للكمبيالة فى القانونين الفرنسى (م ١١٠ وما بعدها) والمصرى المادة ٣٧٩ وما بعدها .

(74) D- BARTHARE'S , evolution du systéme LCR. Banque 1983, 993

(75) CETNB : Banque 1974, 551 note d'information banque de France n° . 57 .

(76) Michel vasseur op, cit. n°. 14 .

(77) Gavalda et Stoufflet op, cit. n°. 134 .

(78) VASSEUR et MARIN , les comptes en banque 1966 n°. 236.

(79) Lescot et Roblot, effets de commerce. t. I n° 341 infine - Roblot, effets de commerce, 1975 n°. 300 .

(80) Vasseur - op-cit . p. 33 - 34.

(81) V. l'article n°. 147 de code de com. fr .

راجع أيضاً المادة التى تقابلها فى قانون التجارة المصرى رقم ٤٣٨ والتى تنص فى هذا الصدد على أن :

١ - لحامل الكمبيالة عند عدم وفائها فى ميعاد الإستحقاق الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم من الملتزمين بها .

٢ - ويجوز للحامل الرجوع قبل ميعاد الإستحقاق فى الأحوال الآتية :

(أ) الإمتناع الكلى أو الجزئى عن القبول .

(ب) إفلاس المسحوب عليه قابلاً كان للكمبيالة أو غير قابل ، أو توقفه عن الدفع ولو لم يثبت بحكم ، أو الحجز

على أمواله حجزاً غير مجد .

(جـ) إفلاس ساحب الكمبيالة المشروط فيها عدم تقديمها للقبول .

(82) M. Vasseur op - cit. p. 32 .

(83) Gavalda et Stoufflet op - cit. n°. 135.

(84) L'article 130 de codede commerce français dispose à cepropos. que' Le payement d'une lettre de change peut être garanti pour tout ou partie de son montant par un aval " cette garantie est fournie par un tiers ou même par un signataire de la lettre" .

(٨٥) تنص المادة ٤١٨ من قانون التجارة المصرى على أنه :

١ – يجوز ضمان وفاء مبلغ الكمبيالة كله أو بعضه من ضامن إحتياطى .

٢ – ويكون هذا الضمان من أى شخص ولو كان ممن وقعوا الكمبيالة .

(86) Michel vasseur op -cit n°. 18 .

(87) Gavalda et Stoufflet op-cit. n°. 135 .

(88) Ripert et Roblot op-cit t. II. n°. 2012.

(89) Gavalda et Stoufflet op-cit. n°.136 .

(90) Vasseur op-cit. no. 19 .

(91) Gavalda et Stoufflet op-ci . n°. 136.

(92) Vasseur op-cit. p 37.

(93) Rives langeet M. Raynand op. cit. n°. 331.

(94) Les difficultés de paiement sont en fait eceptionnelles' la gestion de la banque doit être établie en fonction de l'hypothése normale et non pas en fonction des difficultés qui surgissent exeptionmellement, v. Rives lange op . cit . p . 327.

(95) V.Vasseur op-cit no. 23.

(٩٦) أنشئ الحاسب الآلى فى فرنسا فى أول يوليو عام ١٩٦٩ وهو يعد المركز الوطنى للتداول والمقاصة
V. Jacques VANRENTERGHEM, l'ordinateur de compensation, Banque 1974 p. 248 et s.

(97) Gavalda et Stoufflet op-cit. no 137.

(98) L'article 135 de Dr.com. fr. qui dispose que "la presentation d'une lettre de change à une change à une chambre de compensation équivaut à une presentation au payement, v. aussi Nguyee xuanchanh, Rev. Jurisprud . com. 1980 - 253' vasseur no. 23.

ويقابل نص المادة ١٣٥ فى القانون الفرنسى نص المادة ٢/٤٢٦ من قانون التجارة المصرى التى تنص فى هذا الصدد على أنه « يعتبر تقديم الكمبيالة إلى إحدى غرف المقاصة المعترف بها قانوناً فى حكم تقديمها للوفاء » .

(99) Ripert et Roblot op. cit no. 1920 .

(100) Dominique BARTHARE'S op-cit. p. 994 .

(101) Gavalda et Stoufflet op-cit. no. 137 .

(102) H. CABRILLAC, not J.C.P. 1956 - I - 9134 .

(301) Code civil Français art. no . 1251.

(104) L'art. 136 de code de com. Fr. dispose à cepropos que " le tiré peut éxiger, en payant la lettre de change, qu'elle lui soit remise acquittée par le porteur "

يقابل هذا النص فى قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المادة ١/٤٢٧ التى تنص على أنه « إذا أوفى المسحوب عليه الكمبيالة جاز له إستردادها من حاملها موقعاً عليها بما يفيد الوفاء » .

وقارن أيضاً بالنسبة للشيك PERCEROU ET BOUTERON فهما يريان أنه فى حالة عدم وجود مخالصة من المسحوب عليه يمكنه إثبات وفاؤه للدين بالوسائل الملائمة لطبيعة الدين . راجع التشريع الجديد للشيك . II، ١٩٥١ ، ص ٨٥ .

(105) L'art, 136 al. 3 du cod de com. fr. dis pose que " en casde payement partiel, letiré peut exiger que mention de ce payement soit faite sur la lettre et que quittance lui en soit donné.

(١٠٦) تنص المادة ٣/٤٢٧ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن « إذا كان الوفاء جزئياً جاز للمسحوب عليه أن يطلب إثباته على الكمبيالة وإعطاؤه مخالصة به » .

(107) Gavalda et Stoufflet op-cit no. 137 .

(108) Michel vasseur op-cit no. 26 . p . 55.

(109) V. Dominique BARTHARE'S, evolution du systéme L.C.R., Banque, 1983, 993 ets .

(110) Rives lange et Raynaud op-cit . n°. 333.

(111) Rives lange et M. Raynaud op-cit. n°. 333.

(112) Michel Vasseur op-cit . n°25.

(113) V.à propas des livres de commerce, GORÉ et DUPOUY comptobilité générale de l'entreprise 1975, n°. 504.

(١١٤) يلزم القانون التجارى المصرى الحالى فى المادة ٢/٢٦ التجار بحفظ صور المراسلات والبرقيات وغيرها مدة خمس سنوات من تاريخ إرسالهـا أو تسلمها . ويجيز للتجار الإحتفاظ للمدة المذكورة بالصورة المصغرة (ميكروفيلم) بدلاً من الأصل ، ويكون لتلك الصور حجية الأصل فى الأثبات إذا روعى فى إعدادها وحفظها وإسترجاعها القواعد والضوابط التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

(115) M. Vasseur op-cit no. 26 p. 55.

(116) La lettre de change relevé, Banque , mumero speciale mars 1972, p. 15; Rodiére et Rives lange, Droit bancaire precis Dalloz 1980 no 19 4 et s., l'ordinateur de compensation Banque 1974, 284' Vasseur, la lettre de change relevé. trim. dr. com. 1975, 203 et s., la lettre de change relevé, De l'influence de l'informatique sur le droit, sirey 1976 .

(117) V. Blanche sousi-Boubi op-cit. p. 264.

(118) 13, 50 f. Fr + T.V.A pour la lettre de change relevé sous forme de support papier et 2, 45 + T. V.A. pour la lettre de change relevé sur support magmetique .

(119) M. Vasseur - op-cit. no. 36.

(120) Gavalda et Stoufflet op-cit. no. 138.

(121) Ripert et Roblot op-cit. t. II no 1920.

(122) Michel Vasseur op-cit. no. 36 p. 77.

(123) Rives lange et Raynaud op-cit. 330 .

(124) La cour de cassation l'a qualifiée "d'effet bancaire" aux termes de l'art . 43 du D. du 30 juin 1959 qui dispase que : le debiteur est libéré de sa dette à l'egard 3d de l'URSSAF .s'il a remis avant la date limité, un chéque, un effet bancaire ou postal a vu dûment provisionné (com. 30 mai 1985 Bull. 1985 IV no 172, D. 1986 I.R. 329) .

(125) Hamel, Banques t. II 1943 - 902.

(126) Michel Vasseur op-cit no. 39 .

(127) L'art. 124 dispose que " la lettre de change peutétre, jusque'a l'écheance, presentee à l'acceptation du tiré au lieu de son domicile, par le porteur ou même par un simple détenteur ".

(١٢٨) المادة ٤٠٩ من قانون التجارة المصرى تنص على أنه « يجوز لحامل الكمبيالة ولكن حائز لها حتى ميعاد الإستحقاق تقديمها إلى المسحوب عليه فى موطنه لقبولها » .

(129) M - Vasseur op-cit . no. 37 .

(١٣٠) تنص المادة ٤٣١ من قانون التجارة المصرى على أنه لا يقبل الإعتراض على وفاء الكمبيالة إلا فى حالة ضياعها أو إفلاس حاملها أو الحجر عليه .

(131) L'article 140 de code de com. fr. dispose que " Iln'est a dmis d'opposition ou payement qu'en cas de perte de la lettre de change ou de la faillite du porteur " .

(١٣٢) وهى تقابل المادة ١٣٦ /٢ من التقنين التجارى الفرنسى والتى تنص على أن " Le porteur ne peut refuser un payement partiel " .

(133) Michel vasseur op-cit. no. 37 .

(134) M. Vasseur op-cit.p. 82 .

(135) Rives lange et Raynaud op-cit. n° 138.

(136) L'art. 189 bis (1. no 77-4 du 3 janv, 1977) dis pose que les obligations nées à l'occaison de leur commerce entre commercants et non-commercants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions speciales plus courtes " .

(١٣٧) تنص المادة ٦٨ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على مدد تقادم الالتزامات التجارية على وجه العموم بقولها يقولها « تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضى سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك وكذلك تسقط بمضى عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة فى تلك الدعاوى .

(138) Gavalda et Stoufflet op-cit. no. 138 .

(139) V. Blanche SOUSI-ROUBI " la mobilisation des creances ou l'informatique, le droit et le papier , Gaz . pal . 1982, p 263 et s .

(140) V.F. CHAMOUX, le microfilm ou regard du droit des affaires , J.C.R.

1975. I. 2725 .

(141) GORE DU POUY, comptabilité générale de l'entreprise paris, 1975, no. 504.

(١٤٢) راجع المادة ٢٦ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(143) Vasseur op-cit. no. 40 .

(144) JACQUELINE , la lettre de change relève, Banque no. spec. mars 1972 p. 15 et s. p. 17 et banque Octobre 1975 .

(145) L'art - 110 de code de com - Fr- dispose à ce Propos que " La lettre de change contient : (8) la signature de celui qui emet la lettre (tireur) la loi no 66-380 du 16 juin 1966) cette signature est opposée Soit à la main, soit par tout procedé non manuscrit " .

(١٤٦) المادة ٣٧٩ من قانون التجارة تنص على أن تشتمل الكمبيالة على البيانات الآتية :

- توقيع من أصدر الكمبيالة على نحو مقروء .

(147) Ripert et Roblot op-cit . T. II no. 1920 .

(148) l'art 109 de code de com. F. (1. no. 80 - 525 du 12 juill . 1980) Al'egard des commercant, les actes de commerce peuvent se prouver par tous mayens à moins quil n'en soit autrement disposé par la loi " .

(149) Gavalda et Stoufflet op-ci no. 138 .

(150) Gavalda et Stoufflet op-cit no.138 .

(151) Rives langes et M. Raynaud, la droit bancaire op-cit. no. 330.

(152) Michel vasseur op-cit . no. 43 .

قائمة المراجـع

أولاً : مراجع باللغة العربية :

١ – البارودى (د. على) ، **الأوراق التجارية – العقود التجارية – عمليات البنوك** ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، سنة ١٩٧٥ ، عام ١٩٩٩ .

٢ – الشريينى (د . عماد) **القانون التجارى الجديد لعام ١٩٩٩ ، أعمال البنوك والأوراق التجارية ونظام الإفلاس .**

التاليوبى (د .سميحة) **الأوراق التجارية وفقا لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩** الطبعة الثالثة سنة ١٩٩٩ الناشر دار النهضة العربية .

٣ – بدر (د . أمين) ، **الأوراق التجارية فى التشريع المصرى** ، الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ .

٤ – بريرى (د . مختار) ، **قانون المعاملات التجارية ، الأوراق التجارية – عمليات البنوك ، الإفلاس ، ١٩٩٥** ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

وكذلك طبعة ٢٠٠٠ (الأوراق التجارية وعمليات البنوك) .

٥ – شفيق (د . محسن) ، **الوسيط فى القانون التجارى المصرى ، العقود والأوراق التجارية والإفلاس** ، الجزء الثانى ، طبعة ١٩٥٧ .

٦ – صالح (د. محمد) ، **الأوراق التجارية وأعمال البنوك والإفلاس** ، مطبعة الاعتماد ، سنة ١٩٣١ .

٧ – طه (د . مصطفى كمال) ، **القانون التجارى ، الأوراق التجارية والإفلاس** ، دار الجامعة الجديدة ، طبعة ١٩٩٧ .

٨ – عبد الرحيم (د. ثروت) ، **القانون التجارى** ، طبعة ١٩٨٢ .

٩ – عوض (د . على جمال الدين) ، **الأوراق التجارية** ، طبعة ١٩٩٥ ، الشيك فى قانون التجارة ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

١٠ – قاسم (د . على) ، **قانون الأعمال الجزء الثالث** ، وسائل الائتمان التجارى وأدوات الدفع فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

١١ – قايد (د . محمد بهجت) ، **القانون التجارى** ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ٢٠٠٠/٢٠٠١ ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة ، عمليات البنوك والإفلاس ، الطبعة الثانية وفقاً لقانون ١٧ لسنة ١٩٩٩ عام ٢٠٠٠ ، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة .

ثانياً : المراجع الأجنبية الفرنسية Les ovrages français

- DE ROOVER (R) l'evolution de la lettre de change 1952 .
- GAVALDA (ch.) et stoufflet (j.) Droit du credit (2) , effets de commerce-cheques, carte de paiementetet et de credit, éd. litec. 1988 .
- Hamel , Banques T. II 1943.
- HUVELIN, travaux sur l'histoire de la lettre de change 1901 .
- LE GOFF, Marchands et banquiers du moyen age Que sais je 1972 .
- PERCEROU et BOUTERON la mouvelle legislation du cheque t. II. 1951 .
- RIPERT (Georges) et Roblot (Réne) traité elementaire de Droit commercial T.II 1976 8e éd. et 13e éd. 1992.
- Rives lange (Jean louis) et Raynaud (Monique) , Droit bancaire, 6e éd . precis dalloz 1995 .
- ROBLOT (René) les effets de commerce éd sirey 1975.
- RODÌERE (René) RIVES L ANGE (Jean- louis) , Droit bancaire 3e éd. 1980.
- VASSEUR (Michel), la lettre de change relevé de l'influence de l'informatique sur le Droit éditions sirey 1976 .

- BARTHARE'S (Dominique) evolution du systéme L.C.R. Banque 1983, 993 et s.

- (GABRILLAC (Michel) , credits et Titres de credit, Rev. trim-de Droit commercial 1998 p. 388 et 1995 p. 626-627 .

- CHOLET (Alain) le service informatique est-il reservé aux banques les plus importantes Banque 1975 p. 726 et s .

- DENTZ (B.) la banque de France et l'automatisation de communication interbanciaires, Banque no. spec. 1975 p. 15 .

- DENTZ (F.) la banque et l'utilisation du systéme SWIFT banque no .spec. 1975 p. 43 .

- HALGOUET, reseaux financiers commutation et diffusion d'information-Banque 1973 p. 657 .

- HUGON (J.) une petite revolution : le paiement des marchés publics par L.C.R. Droit bancaire 1988 - 84 .

- R. (JACQUELINE) la lettre de change relevé no . spec. Banque 1972 . p. 15.

- RUFF et BELAN (M.M) l'ordinateur de la banque et in formmatique 1974-288.

- SOUSI - ROUBI (Blanche) la mobilisation des creances ou l'informatique, le droit et le papier v. Gazette Pal-1982 . p .

- Von den Bery (pout) Massa okaya monnai électronique :

implications pour les autorités, Banque 1998 p. 5 et s .

- VANRENTER GHEM (J.) l'ordinateur de compensation, banque 1974, p. 284-286 .

- VASSEUR (Michel) , la lettre de change relevé Rev.trim. Dr. com 1975 p. 203-263, La lettre de change relevé .

- VIVANT (Michel) , l'informatique dans la theorie générale du contrat. Rec. Dalloz sirey 1994 .

Articles anonymes :

- Lettre de change relevé - L.C.R. brschure technique editée par l'association

professionnelle des banques mars 1972 cen cours de refonte.

- Banque de France -note d'infromation n°7 janv. 1972.

- La lettre de change Relevé (L.C.R)Banque 1971 p. 63-71 art amonyme.

الحماية الجنائية لموقع التجارة الإليكترونية على الإنترنت ومحتوياته

دكتور
مدحت رمضان
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

مقدمة

حماية مواقع التجارة الإليكترونية بالإنترنت ومحتوياتها تقتضى دراسة بعض الموضوعات الخاصة بالقانون الجنائى وهى الحماية الجنائية للموقع الإنترنت من الاعتداء عليه سواء بالدخول غير المشروع أو بحذفه أو تعديله أو تبديله أو تعطيله ، وحماية محتوياته من التقليد عن طريق النصوص الخاصة بحماية الملكية الفكرية أو الأدبية ، وقد يضطر المشرع إلى تغيير مفاهيم تقليدية بالقانون لمواجهة الجرائم التى تقع مثلما فعل المشرع بدوقية لوكسمبورج ولذلك كانت لدراسة قانون التجارة الإليكترونية لدوقية لوكسبورج أهمية خاصة . وسوف نخصص لكل من هذه الموضوعات فصلاً .

الفصل الأول

تجريم الدخول غير المشروع على مواقع الإنترنت

لاحظ المشرع منذ فترة فى القانون المقارن خطورة بعض أفعال الاعتداء على أجهزة الحاسب وبرامجها وقواعد البيانات فتدخل لتوفير حماية جنائية لها . والحقيقة فأن الاعتداء على مواقع الإنترنت وصحائفها لا يخرج عن كونه أحد تطبيقات الأفعال السابقة ، والتى تمثل اعتداء على أنظمة الحاسب حيث يستخدم فى إعداد هذه المواقع أجهزة الكمبيوتر وبرامجها المختلفة .

وسوف نعرض لموقف الاتحاد الأوربى والتشريع الأمريكى والتشريع الفرنسى من جرائم الكمبيوتر .

المبحث الأول

الاتحاد الأوربى وتجريم الدخول غير المشروع على مواقع الإنترنت

شعر المجتمع الأوربى بخطورة جرائم الكمبيوتر ، ولذلك عملت اللجنة الأوربية بشأن مشاكل الجريمة EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS ولجنة الخبراء فى مجال جرائم الكمبيوتر EUROPEAN COMMITTEE OF EXPERTS ON CRIME IN CYBER-SPACE على إعداد مشروع اتفاقية تتعلق بجرائم الكمبيوتر (DRAFT No 19) ، وقد أعلن المجلس الأوربى مشروع هذه الأتفاقية فى 27 أبريل 2000 (١) ، وأكد المجلس الأوربى على أن الاعتداءات الحديثة على مواقع الإنترنت التجارية مثل أمازون دوت كوم amazon. com هى التى وجهت نظر المجتمع الدولى إلى المخاطر التى يواجهها الإنترنت وشبكات الكمبيوتر وأن جرائم الكمبيوتر تهدد التجارة والمصالح الحكومية ، وقد أخذ المجلس الأوربى زمام المبادرة ووضع مشروعاً لاتفاقية تتعلق بجرائم الكمبيوتر مع الأخذ فى الاعتبار الطابع الدولى الغالب لمثل هذه الجرائم (٢) .

ولقد وضع مشروع الاتفاقية تعريفات فنية لبعض المصطلحات الخاصة بالحاسب واستعمالاته .

وحدد المشروع الإجراءات التى يتعين اتخاذها بالدول المتعاقدة على المستوى الداخلى وعلى المستوى الدولى .

وعلى المستوى الداخلي وجه المشروع الدول المتعاقدة إلى أن تجـرم أفعال الاعتداء على سرية وتكامل بيانات الكمبيوتر وأنظمته والاتصال بها ، وحدد المشروع من هذه الأفعال الدخـول العمـدى غير المشروع على نظام للكمبيوتر بصورة كلية أو جزئية ، وأعطى المشروع للدول المتعاقدة خيار أن تضيف شرطاً للعقاب ، وهو أن يكون الدخول باختراق إجراءات تـأمين النظام أو بنية الحصول على بيانات معينة أو لأى غرض آخر غير مشروع (مادة 2 من المشروع) .

ومن الأفعال التى اعتبرها المشروع من الجرائم الالتقاط العمدى بأى وسيلة تقنية لأى نقل لبيانات كمبيوتر من أو داخل نظام للكمبيوتر ، وأى إرسال كهرومغناطيسى من نظام للكمبيوتر يحمل مثل هذه المعلومات (م 3 من المشروع) ، وكـذلك الإتلاف أو الحذف أو التعديل أو المسح العمدى ، دون حق ، لأى من بيانات الكمبيوتر (مادة 4 من المشروع) ، والإعاقة العمدية دون حق لعمل نظام للكمبيوتر بإدخال أو نقل أو إتلاف أو تعديل أو إلغاء بيانات الكمبيوتر (م 5 من المشروع) ، وإنتاج أو بيع أو حيازة أو استيراد أو توزيع أو توفير أى 1- وسيلة بما فيها برامج الكمبيوتر المصممة أو المعدة خصيصاً لارتكاب الجرائم المشار إليها ، 2- وكـذلك كلمة سر أو كود للدخول أو أى بيان مشابه يمكن الدخول عن طريق أى منها على نظام للكمبيوتر لارتكاب الجرائم المشار إليها (م 6) .

ومن الجرائم الملحقة بجرائم الكمبيوتر تزييف برامج الكمبيوتر وتتحقق هذه الجريمة بالإدخال أو التعديل أو التبديل أو المسح العمدى للبيانات لاستخدامها من الناحية القانونية كما لو كانت أصلية ، ولا يشترط أن يكون فى الإمكان قراءة هـذه البيانات أو أن تكون واضحة ، وقد يشترط طرف من أطراف الاتفاقية توافر نية الغش أو أى نية أخرى غير مشروعة لإقامة المسئولية الجنائية (م 7) .

واعتبر المشروع جريمة ملحقة بجرائم الكمبيوتر التسبب العمدى فى فقد ملكية أى شخص آخر أ – بإدخال أو تعديل أو إلغاء أومسح بيانات تخص الكمبيوتر ب – بالتدخل فى عمل الكمبيوتر (البرنامج) أو النظام بقصد الحصول دون حق على فائدة اقتصادية لنفسه أو للغير (م 8) .

ولقد تناولت المادة التاسعة من مشروع الاتفاقية تجريم استخدام الأطفال فى الأفعال الفاضحة عن طريق أنظمة الكمبيوتر .

وتناولت المادة العاشرة من المشروع جريمة الاعتداء على الملكية الفكرية والجرائم الملحقة بها وحثت الدول المتعاقدة على أن تجرم فى قوانينها الداخلية التقليد والتوزيع بطريق أنظمة الكمبيوتر للأعمال المحمية بقوانين نالملكية الفكرية وفقاً للقانون الوطنى (استناداً لاتفاقية برن لحماية الأعمال

الأدبية والفنية Bern Convention For the Protection of Literary and Artistic Works واتفاقية التريس The TRIPS Agreement ومعاهدة الوايبو للملكية الفكرية The WIPO Copyright Treaty، وذلك إذا ارتكبت هذه الأفعال واتخذت صورة الاتجار العمدى ودون حق ، وأجاز المشروع لأى طرف من الأطراف تجريم تقليد وتوزيع بواسطة نظام للكمبيوتر أعمال أو اختراعات محمية وفقًا لقانون الدولة واستناداً لمعاهدة برن بشأن الأداء والفونوجرام .

وتناولت المواد 11 و12 و13 الأحكام الخاصة بالمساهمة التبعية والشروع ومسئولية الأشخاص المعنوية والعقوبات . وتناول المشروع كذلك تنظيمًا للإجراءات الجنائية والتعاون الدولى فى مجال جرائم الكمبيوتر .

المبحث الثانى

تجريم الدخول غير المشروع على مواقع الإنترنت فى الولايات المتحدة الأمريكية

صدر فى الولايات المتحدة الأمريكية القانون الفيدرالى فى شأن الاعتداء على الكمبيوتر واستغلاله COMPUTER FRAUD AND ABUSE ACT فى عام 1984 وعدل فى أعوام 1986 و 1994 و1996 وورد فى الفصل 1030 منه نصوص خاصة تجرم الاعتداء على الكمبيوتر والمتعلقة بأنشطة متصلة بالكمبيوتر .

ويعاقب هذا الفصل على الأفعال أى شخص يدخل عمداً على جهاز كمبيوتر بدون تصريح أو يحصل ، متجاوزاً التصريح الممنوح له بأى وسيلة كانت ، على معلومات حددت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية أنه لا يجوز الكشف عنها لأمور تتعلق بالدفاع الوطنى أو العلاقات الخارجية ، أو أى بيانات سرية كتلك المتعلقة بالأمور المحددة بالفقرة (ى) من الفصل الثانى من قانون الطاقة النووية الصادر فى 1954 ، وذلك إذا اتجهت إرادة الجانى إلى ارتكاب هذه الأفعال أو توافر الاعتقاد أن مثل هذه المعلومات ستستخدم للمساس بالولايات المتحدة الأمريكية أو بمصالح أى دولة أجنبية . كما يعاقب القانون كل من يقوم عمداً بالدخول على جهاز كمبيوتر ، دون تصريح أو بتجاوز التصريح الممنوح له ويحصل على معلومات موجودة فى سجل اقتصادى يخص مؤسسة مالية أو يخص مانح بطاقات مالية أو المعلومات الموجودة فى تقرير يتعلق بالمستهلكين .

ويعاقب القانون كذلك على الدخول العمدى على البيانات الموجودة بأجهزة الكمبيوتر الخاصة بالوكالات والجهات والتى يقتصر استعمالها على حكومة الولايات المتحدة الأمريكية ، وإذا كان الاستعمال لا يقتصر كلية على حكومة الولايات المتحدة الأمريكية ولكنه يستعمل لمصلحتها وكان من شأن الدخول على الكمبيوتر أن يؤثر فى مثل هذا الاستعمال .

ويعاقب المشرع الأمريكى كذلك كل من يدخل على جهاز للكبيوتر يستخدم فى التجارة أو الاتصال بين الولايات المتحدة ويقوم عمداً بنقل Transmission لبرنامج أو معلومة أو كود لكمبيوتر أو نظام للكمبيوتر .

ويعاقب المشرع الأمريكى كل من يمنع أو يحرم أو يتسبب فى منع أو حرمان الغير من استعمال كمبيوتر أو خدمات كمبيوتر أو نظام أو شبكة أو معلومات أو بيانات أو برنامج .

ويعاقب القانون الأمريكى كذلك على نقل أى مكونات لبرامج أو معلومات أو كود أو أمر دون موافقة من المسئولين على الكمبيوتر المستقبل للبرنامج أو المعلومات أو الكود أو الأمر إذا أدى هذا النقل إلى خسائر لشخص أو أكثر تبلغ ألف دولار أو أكثر خلال فترة سنة من ارتكاب الفعل أو إذا أدت إلى تعديل أو إفساد كلى أو جزئى لكشف طبى أو تقرير طبى أو علاج طبى أو الرعاية الصحية لشخص أو أكثر .

وفرض المشرع الأمريكى عقوبة على القيام بنقل برنامج أو معلومات أو كود أو أمر بطريق الكمبيوتر لجهاز يستخدم فى التجارة أو الاتصال بين الولايات ، ويشكل الفعل خطورة أن النقل أضر أو تسبب فى الإضرار لكمبيوتر أو نظام للكمبيوتر أو شبكة أو معلومة أو بيان أو برنامج ، وكان ذلك دون تصريح من المسئولين عن النظام الذى نقل إليه البرنامج أو المعلومة أو الكود أو الأمر وتسبب فى خسائر تقدر بألف دولار أو أكثر خلال فترة سنة أو عدل أو عطل كلياً أو جزئياً التقارير الطبية .

ويعاقب القانون كذلك على غش كلمات المرور بما يسمح بالدخول على نظام للكمبيوتر دون تصريح إذا كان من شأن ذلك الإضرار بالتجارة بين الولايات أو بالتجارة الخارجية .

ولقد قرر المشرع الأمريكى عقوبات مشددة للجرائم المشار إليها والشروع فيها .

ومع ذلك فقد كشف التقرير الصادر عن لجنة عمل رئيس الولايات المتحدة الأمريكية فى شأن السلوك غير المشروع على الإنترنت فى مارس 2000 أن القانون ينطوى على الكثير من الغموض والقصور بحيث يمكن للمجرمين تلافى تطبيق القانون عليهم باستخدام حاسبات وشبكات تقع خارج

الولايات المتحدة الأمريكية ، كما يمكن لمجرمى الكمبيوتر من خارج الولايات المتحدة الأمريكية استخدام الأنظمة الموجودة بالدولة للاعتداء على حاسبات تقع فى دول أخرى (٣) .

المبحث الثالث

تجريم الدخول غير المشروع على مواقع الإنترنت فى التشريع الفرنسى

يعد قانون السادس من يناير 1978 من أول القوانين الفرنسية التى أراد المشرع الفرنسى بواسطتها مواجهة الإجرام المعلوماتى ، وقد واجه المشرع بهذا القانون الجرائم المتعلقة بالمعالجة الإليكترونية للبيانات ثم تلاه بمجموعة من القوانين أهمها قانون الثالث من يوليو 1985 فى شأن حماية البرامج فى ضوء الحماية المقررة للملكية الفكرية وقانون الخامس من يناير 1988 ، ولم يأخذ مشروع قانون العقوبات الفرنسى المعدل فى 1989 فى الاعتبار بعض التعديلات التى أجريت اعتباراً من عام 1986 على المشروع ، وخصوصاً تلك المتعلقة بالجرائم المعلوماتية ، والتى نص عليها قانون الخامس من يناير 1988 والذى أراد به المشرع الفرنسى فى حينه حماية أنظمة المعلومات نظراً لكثرة استخدام الفيروسات وما أطلق عليه فى حينه بالإرهاب المعلوماتى (٤) . وقد تم الاتفاق فيما بعد بمجلس الشيوخ على أن ينص على الجرائم المعلوماتية فى قانون العقوبات الجديد مع الأخذ فى الاعتبار أن التجريم يتعين أن يمتد ليشمل التزوير فى البيانات المعلوماتية ، وان صور التجريم الأخرى تتعلق بحماية البيانات الاسمية ، كما يتعلق البعض الآخر منها بحماية أنظمة المعلومات (٥) وهى تلك التى تتعلق فى رأينا بحماية موقع الإنترنت ومحتوياته .

وقد تناول المشرع الفرنسى فى الكتاب الثالث من قانون العقوبات الجديد الجنايات والجنح التى تقع على الأموال **DES CRIMES ET DÉLITS CONTRE LES BIENS** وخصص الباب الثانى منه للجرائم الأخرى على الأموال **DES AUTRES ATTEINTES AUX BIENS** ، وخصص الفصل الثالث من هذا الباب لجرائم الاعتداء على أنظمة معالجة البيانات **DES ATTEINTES AUX SYSTÉMES DE TRAITEMENT AUTOMATISÉE DE DONNÉES.**

وقد يتصور البعض أن المشرع الفرنسى قد اعتبر قواعد البيانات من الأموال حيث أن النصوص الخاصة بتجريم الاعتداء عليها قد وردت تحت عنوان الجرائم الأخرى على الأموال ،

ولكننا نرى أن الصورة الوحيدة للاعتداء المادى هى تلك المتعلقة بالاعتداء الذى يقع على أجهزة الكمبيوتر ، وفيما يتعلق بصور الاعتداء الأخرى فأنها تقع على البيانات والمعلومات .

وتناول المشرع الفرنسى مجموعة من الجرائم التى تقع على أنظمة معالجة البيانات 323-1 إلى 323-7 ، وتعاقب المادة الأولى على الدخول بطريق الغش أو التدليس Frauduleusement على نظام للمعلومات أو إبقاء الاتصال بطريقة غير مشروعة به بالحبس لمدة سنة وبغرامة مائة ألف فرنك فرنسى ، وتكون العقوبة الحبس لمدة سنتين وغرامة 000 و 200 ألف فرنك فرنسى إذا ترتب على نشاط الجانى إلغاء أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام أو تعديل تشغيل النظام (م 323-1) .

وتعاقب المادة الثانية بالحبس لمدة ثلاثة سنوات وغرامة 000و 300 ألف فرنك فرنسى على إعاقة أو التسبب فى تحريف تشغيل نظام معالجة البيانات (م 323-2) .

وتعاقب المادة الثالثة بالحبس لمدة ثلاثة سنوات وغرامة 000 و 300 ألف فرنك فرنسى على عملية إدخال بيانات بطريقة غير مشروعة فى نظام معالجة البيانات أو إلغاء أو تعديل البيانات التى يحتوى عليها النظام بطريقة غير مشروعة (م 323-3) .

وتقرر المادة 323-4 معاقبة بذات العقوبة المقررة للجريمة أو المقررة للجريمة الأشد المساهمة فى جماعة أو الاتفاق بين مجموعة من الأشخاص للتحضير بعمل أو أعمال مادية لارتكاب جريمة أو أكثر أو ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم السابقة . ويرى جانب من الفقه بحق أن هذا النص يمثل خروجاً على القواعد العامة حيث يعاقب على الأعمال التحضيرية للجريمة التى تسبق البدء فى التنفيذ المادى لها ، ومع ذلك يمكن الخروج على القواعد العامة بنص خاص ، وتبرير مثل هذا الخروج على القواعد العامة رغبة المشرع الفرنسى فى تقرير نوع من الحماية الوقائية لنظم المعلومات من مخاطر الإعداد لمثل هذه الجرائم (٦) .

وتقرر المادة 323-5 بعض العقوبات التكميلية للعقوبات الأصلية المقررة للجرائم السابقة وهى :

– الحرمان لمدة لا تتجاوز 5 سنوات من الحقوق المدنية وتلك المتعلقة بالأسرة وفقًا لأحكام المادة 131-26 من قانون العقوبات .

– الحرمان لمدة لا تتجاوز 5 سنوات من شغل الوظائف العامة أو نشاط مهنى أو اجتماعى إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بسبب أو بمناسبة مباشرتها .

– مصادرة الشيء أو الأشياء التى استخدمت فى ارتكاب الجريمة أو أعدت للاستعمال فى ارتكابها أو تحصلت عنها ، وذلك عدا الأشياء محل المطالبة بالرد .

– الإغلاق لمدة لا تزيد على 5 سنوات للأماكن أو المشروعات التى استخدمت فى ارتكاب الجريمة .

ـ الإبعاد لمدة لا تجاوز 5 سنوات عن الأسواق العامة .

– المنع من إصدار شيكات لمدة لا تجاوز 5 سنوات إلا تلك التى تسمح للساحب بسحب أموال من المسحوب عليه أو إذا كانت مقبولة الدفع .

– إعلان ونشر الحكم وفقاً للشروط الواردة بالمادة 131-35 من قانون العقوبات .

وأجاز المشرع الفرنسى بالمادة 323-6 مساءلة الأشخاص المعنوية عن الجرائم السابقة فى ضوء الأحكام العامة لمساءلة الأشخاص المعنوية الواردة بالمادة 121-2 من قانون العقوبات .

وأخيراً قررت المادة 323-7 معاقبة الشروع فى ارتكاب الجرائم الواردة بالمواد 323-1 / 323-3 بذات العقوبات المقررة للجريمة التامة .

وبالنظر للنصوص السابقة يتضح أن المشرع الفرنسى أقام ثلاثة أنواع من الجرائم وهى الدخول العمدى غيرالمشروع على نظام لمعالجة البيانات ، وإعاقة تشغيل النظام ، وإدخال أو إلغاء بيانات فى برنامج معالجة البيانات ، ومن ناحية أخرى قام المشرع الفرنسى بتعديل النصوص الخاصة بالتزوير بحيث لم يعد التزوير قاصراً على المحررات بل صار فى الإمكان وقوعه على أى دعامة تحتوى على تعبير عن الأفكار .

وسوف نتناول بالعرض تفصيلاً للجرائم الواردة بالمواد 323-1 إلى 323-3 من قانون العقوبات الفرنسى الجديد .

المطلب الأول

جريمة الدخول العمدى غير المشروع على نظام معالجة البيانات

تعاقب المادة 323-1 من قانون العقوبات الفرنسى الجديد على الدخول بطريق الغش أو التدليس Frauduleusement على نظام لمعالجة البيانات أو إبقاء الاتصال بطريقة غير مشروعة به بالحبس

لمدة سنة وبغرامة مائة ألف فرنك فرنسى ، وتكون العقوبة الحبس لمدة سنتين وغرامة 000 و 200 ألف فرنك فرنسى إذا ترتب على نشاط الجانى إلغاء أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام أو تعديل تشغيل النظام .

ويفترض فى هذه الجريمة أنها لا تقع إلا إذا كان النظام غير مفتوح للجمهور حيث يفترض أن تقع الجريمة على نظام لا يجوز سوى لأشخاص محددة الدخول عليه (٧) .

ويتضح أن المشرع قد استخدم بنص المادة 323-1 مصطلحات تسمح بتجريم استعمال أى وسيلة تقنية للدخول على نظام لمعالجة البيانات كالدخول عن طريق كلمة السر الحقيقية إذا لم يكن للجانى حق استخدامها (٨) ، أو باستخدام برنامج أو شفرة خاصة (٩) ويستوى أن يكون الدخول على النظام بطريقة مباشرة أو غير مباشرة .

والدخول على النظام من الجرائم الوقتية . وتقع الجريمة من أى شخص حيث يستوى أن يكون من الخبراء أو حتى الأفراد العاديين وسواء كان الدخول للقيام بعمل غير مشروع أو لمجرد الفضول وحب الاستطلاع (١٠) .

ولا يشترط لوقوع الجريمة تامة فى صورتها هذه تحقق أى ضرر أو تلاعب فى البيانات فالجريمة تقع تامة بمجرد الدخول غير المشروع .

أما البقاء داخل النظام فيفترض اختلاس وقت النظام ويتخذ صورة الجريمة المستمرة (١١) ، ويمكن أن يكون البقاء لاحقاً على دخول غير مشروع ، ويمكن فى رأينا أن يكون البقاء لاحقًا على دخول مشروع إذا تجاوز الوقت المحدد المسموح به أو الغرض الأساسى المصرح به للدخول .

ويرى جانب من الفقه أن الدخول قد يكون مشروعًا إذا كان عن طريق الصدفة أو الخطأ أو السهو وكان من الواجب عندئذ أن يقطع تواجده وينسحب فوراً فإذا بقى رغم ذلك يعاقب (١٢) . ونرى أن الدخول بطريق الصدفة أو الخطأ أو السهو يتسم بعدم المشروعية وأن كان القانون الجنائى لا يعاقب سوى على الدخول العمدى ، وعندئذ يعاقب الجانى إذا بقى عمداً بالنظام .

ويطرح جانب من الفقه تساؤلاً عن تعدد الجرائم فى حالة الدخول والبقاء غير المشروعيين ، ويؤكد أننا سنكون فى هذه الحالة أمام جريمة واحدة نظراً لأن الجانى أراد بالدخول غير المشروع البقاء داخل النظام (١٣) .

ويضيف الفقه السابق أن نص المادة 323-1 يتطلب أن يكون الدخول على النظام أو إبقاء الاتصال بطريق الغش أو التدليس ، وبناء عليه إذا كانت قاعدة البيانات مفتوحة للجمهور كان الدخول مشروعًا ومع ذلك قد يكون البقاء متسماً بعدم المشروعية (١٤) . ولكننا نرى أنه على الرغم من أن الدخول على البيانات قد يكون مفتوحاً للجمهور فقد يتم الدخول على بيانات لا يجوز الدخول عليها فلنفترض أن الجانى قد دخل على موقع أمازون دوت كوم وهو موقع للبيع الإليكترونى أعد للجمهور ، ولكن كان دخوله فى البيانات الخاصة بإعداد الموقع وتنظيمه ، وهى معلومات لا يجوز للجمهور الدخول عليها ، وبالتالى كان العمل الذى صدر عن الجانى مكوناً للجريمة حيث أن البيانات الخاصة بإعداد الموقع غير مفتوحة للجمهور .

وشدد المشرع عقوبة الجريمة إذا ترتب على الدخول على النظام أو البقاء فيه محو أو تعديل البيانات التى يحويها النظام أو ترتب عليهما تعطيل النظام عن القيام بعمله (١٥) . وقد شدد المشرع العقوبة نظراً لطبيعة الأضرار الجسيمة المترتبة على الدخول أو البقاء بالنظام .

وجريمة الدخول على النظام أو البقاء فيه من الجرائم العمدية التى تقوم بالقصد الجنائى العام .

المطلب الثانى

جريمة إعاقة أو التسبب فى تحريف تشغيل نظام معالجة البيانات

تعاقب المادة 323-2 من قانون العقوبات الفرنسى الجديد بالحبس لمدة ثلاثة سنوات وغرامة 000 و 300 ألف فرنك فرنسى على إعاقة ENTRAVER أو إفساد FAUSSER تشغيل نظام معالجة البيانات .

يتضح من مرونة المصطلحات المستخدمة فى المادة 2/323 لتحديد النشاط الإجرامى لهذه الجريمة أنها تنصرف إلى كل عمل من شأنه إرباك عمل نظام معالجة البيانات ، ويستوى أن يكون من شأن نشاط الجانى إعاقة أو إفساد نظام التشغيل أو الإرسال ، ويستوى أن يؤدى نشاط الجانى إلى توقف النظام عن العمل بصورة دائمة أو مؤقتة أو أن يستخدم الجانى فى ارتكاب الجريمة أى وسيلة من شأنها أن تعوق حسن سير النظام كالاعتداء المادى على النظام أو نشر فيروس به (١٦) حيث أنه يستوى لدى المشرع الوسيلة المستخدمة (١٧) . ولا يشترط أن تكون الإعاقة أو الإفساد كلية بل يمكن أن يؤدى النشاط إلى إعاقة أو إفساد جزئى للنظام (١٨) .

وجريمة الإعاقة أو الإفساد من الجرائم العمدية التى تقوم بالقصد الجنائى العام ، وبناء عليه إذا قام المتعامل مع النظام بصورة مشروعة بإعاقة أو إفساد النظام نتيجة لخطأ فى التشغيل أو التعامل مع البيانات لم يسأل عن هذه الجريمة .

المطلب الثالث

جريمة التلاعب فى بيانات نظام معالجة المعلومات

كرر المشرع بشأن هذه الجريمة نص المادة 462-4 فى قانون العقوبات القديم وضمنها نص المادة 3/323 وعاقب على إدخال بيانات فى نظام معالجة البيانات أو إلغاء أو تعديل البيانات المثبتة فيه . وبالتالى يبدو جلياً أن المشرع الفرنسى لا يحمى النظام من الناحية المادية ، ولكنه يوفر بهذا النص الحماية للمعلومات الموجودة بالنظام [١٩] ، وذلك ضد أى نشاط إجرامى ، وهو ما يطلق عليه عادة بالقرصنة المعلوماتية [٢٠] ، ويؤدى إلى تحقق نتائج غير تلك المراد تحقيقها [٢١] .

والجريمة هنا من الجرائم العمدية التى تقوم بالقصد الجنائى العام حيث يتعين أن يعلم الجانى بطبيعة نشاطه وأن تتجه إرادته إلى الإدخال أو الإلغاء أو التعديل وأن يعلم كذلك أنه يعتدى على حقوق الغير بمقتضى هذا الفعل [٢٢] .

ويتضح من العرض السابق أن موقف المشرع الفرنسى يتسم بالبساطة والمنطق فلم يغرق فى التفاصيل كما فعل المشرع الأمريكى حيث نص على الجرائم دون أن يحدد الجهة التى يتبع لها نظام معالجة البيانات فى مقابل ذلك أمعن المشرع الأمريكى فى التفاصيل واهتم بحماية الأنظمة الخاصة بالأمن القومى والاتحادية ، ومع ذلك فقد يكون موقف المشرع الأمريكى مبرراً بأن القانون الأمريكى من القوانين الاتحادية التى تهتم بالأمور المتعلقة بالأمن القومى وعلاقات الولايات المتحدة الأمريكية مع المجتمع الدولى والتجارة الخارجية ، وأن المشرع الاتحادى ترك للولايات سلطة وضع القوانين المحلية المناسبة فى هذا المجال .

الفصل الثانى

حماية محتويات المواقع المخصصة للتجارة الإليكترونية فى ضوء قوانين حماية الملكية الفكرية

سوف نعرض فى هذا الفصل لحماية مواقع الإنترنت فى قوانين حماية الملكية الفكرية والأدبية فى القانون المقارن ثم فى القانون المصرى .

المبحث الأول

الحماية التى توافرها قوانين حماية الملكية الفكرية فى القانون المقارن

يتعين لكى ينطوى موقع الإنترنت على أعمال موجودة مسبقًا ، أيًا ما كانت طبيعتها سواء كانت من الصور أو النصوص أو الأعمال الموسيقية أو الرموز ، الحصول على موافقة أصحاب الحقوق على هذه الأعمال سواء كانوا من الناشرين أو المنتجين أو المؤلفين أو الملحنين مع عدم الإخلال بحق المستخدم فى الاستعانة بمقتطفات قصيرة من هذه الأعمال لأغراض نقدية أو تعليمية أو علمية أو إعلامية مع الإشارة لصاحب العمل ومصدره [٢٣] .

والسؤال الذى يطرح نفسه بالنسبة لقوانين حماية المصنفات الأدبية والفنية هو هل تكفى القوانين القائمة لحماية الأعمال المستحدثة التى تعد خصيصاً لإنشاء موقع على الإنترنت وتستخدم فيها التكنولوچيات الرقمية أم أن هذه القوانين فى حاجة للتغيير ؟ وهناك سؤال آخر يرتبط بالسؤال السابق هو هل تشمل الحماية تكنولوچيا الوسائط المتعددة **MULITEMEDIA** وهى تلك التكنولوچيا التى تسمح باجتماع النصوص والموسيقى والصور والأشكال والأفلام والفيديو كلها أو البعض منها مع بعضها البعض كما تسمح بتعامل أكثر من شخص معها **INTERACTIVITY** ؟

تناول مشروع الاتفاقية المعلن فى شأن التجارة الإليكترونية عن المجلس الأوربى فى ٢٧ أبريل ٢٠٠٠ [٢٤] فى المادة العاشرة منه جريمة الاعتداء على الملكية الفكرية والجرائم الملحقة بها ، وحث المشروع الدول المتعاقدة على أن تجرم فى قوانينها الداخلية التقليد والتوزيع بطريق أنظمة الكمبيوتر للأعمال المحمية بقوانين الملكية الفكرية وفقاً للقانون الوطنى (استناداً لاتفاقية برن لحماية الأعمال الأدبية والفنية **Bern Convention For the Protection of Literary and Artistic Works**

واتفاقية التربس The TRIPS Agreement ومعاهدة الوايبو للملكية الفكرية -The WIPO Copy) right Treaty) ، وذلك إذا ارتكبت هذه الأفعال وبصورة الاتجار عمداً ودون حق . وأجاز المشروع لأى طرف من الأطراف تجريم تقليد وتوزيع ، بواسطة نظام للكمبيوتر ، أعمال أو اختراعات محمية وفقاً لقانون الدولة واستناداً لمعاهدة برن بشأن الأداء والفونوجرام .

ومع ذلك هل تكفى القوانين القائمة لتوفير الحماية للمصنفات الأدبية والفنية والوسائط المتعددة على مواقع الإنترنت وصحفه ؟

لا توجد مشكلة فى رأينا إذا كان العمل قد صنف على أساس أنه قطعة موسيقية أو رسم أو عمل أدبى أو برنامج للكمبيوتر ، فقد طبق كل من القضاء الأمريكى والفرنسى على سبيل المثال النصوص الخاصة بحماية الملكية الفكرية على أفعال تقليد قام بها البعض على الإنترنت فقد أعتبر القضاء الأمريكى قيام البعض بوضع صور خاصة بمجلة بلاى بوى Playboy على الإنترنت دون موافقة المجلة بما يسمح للبعض بإنزال الصور ونسخها تقليداً (٢٥) ، كما أعتبر القضاء الفرنسى وضع قطع موسيقية لأغان المغنى الفرنسى بريل دون موافقة أصحاب الحق على الإنترنت مكوناً لجريمة التقليد.

ولكن يدق الأمر إذا تم تجميع هذه مجموعة من الأعمال لإخراج صفحة أو موقع على الإنترنت ، كموقع للتجارة الإليكترونية ، حيث أن قوانين حماية الملكية الفكرية لا تحمى العمل متعدد الوسائط MULTIMÉDIA فى ذاته (٢٦) . والعمل متعدد الوسائط هو عمل يقوم على مجموعة من الأعمال تخضع لقواعد مختلفة وقد تكون متعارضة فمثلاً قد يشتمل العمل على صور وموسيقى وفيديو وقصة (٢٧) .

ذهب جانب من الفقه الفرنسى قبيل التعديلات الأخيرة لقانون الملكية الفكرية الفرنسى ليشمل قواعد البيانات إلى أن قانون الملكية الفكرية يشمل بالتأكيد بالحماية الأعمال متعددة الوسائط -MUL TIMÉDIA طالما أنها تتسم بالابتكار ORIGINALITÉ ، وبناء عليه ونظراً لأن الأعمال متعددة الوسائط تقوم على استخدام مجموعة من المعطيات كان من الصعب القول بأنها لا تقوم على الابتكار (٢٨) .

ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسى إلى أنه لا يمكن اعتبار الأعمال التى تقوم على الوسائط المتعددة من الأعمال السمعية البصرية (المحمية بموجب المادة ل ٦-٢-١٢٢ من قانون الملكية الفكرية) والتى تجمع بين الصوت والصورة حيث أن للأعمال السمعية والبصرية بداية ونهاية ، أما

الأعمال التى تقوم على الوسائط المتعددة فهى تفترض أعمال إيجابية من المتعامل فهو يتصفح ويتصرف كيفما تراءى له معها ، كما لا يمكن اعتبار الوسائط المتعددة كبرامج الكمبيوتر حيث لا يمكن إنشاء موقع الإنترنت وتصفحه إلا باستخدام البرامج وبالتالى لا يمكن الخلط بين وسيلة إعداد موقع الإنترنت وتصفحه والموقع ذاته .

ولقد انتهى الفقه السابق إلى أن الأعمال التى تقوم على الوسائط المتعددة والتى تعد منها مواقع الإنترنت تدخل فى نطاق قواعد البيانات Base de donnée التى شملها قانون الملكية الفكرية بالحماية بمقتضى القانون رقم ٣٦-٩٨ الصادر فى الأول من يوليه ١٩٩٨ والذى عرف قاعدة البيانات بأنها مجموعة من الأعمال أو المعطيات أو العناصر المستقلة والموضوعة بطريقة منتظمة أو منطقية ويمكن للشخص الوصول إليها بالوسائل الإليكترونية أو بأى وسيلة أخرى (مادة 112-3 من قانون الملكية الفكرية) [٢٩] ، ولذلك فان هذا التعريف الواسع يسمح بتطبيقه على مواقع الشبكة بالإنترنت التى تسمح فكرتها بالتعامل المستقل ، كما أن تطور هذه المواقع أدى إلى أنها صارت تتخذ شكل قواعد للبيانات [٣٠] ، وهذا الرأى يتفق مع الاتجاه الأوربى إلى اعتبار قواعد البيانات من الأعمال التى تشملها بالحماية قوانين الملكية الفكرية [٣١] .

المبحث الثانى

الحماية الجنائية فى ضوء قانون حماية حق المؤلف المصرى

نصت المادة الثانية من قانون حماية حق المؤلف المصرى « تشمل هذه الحماية مؤلفى : ...... مصنفات الحاسب الآلى من برامج وقواعد بيانات وما يماثلها من مصنفات تحدد بقرار من وزير الثقافة وتعتبر هذه المصنفات من المصنفات الأدبية» . وتضيف المادة الرابعة من ذات القانون « مع عدم الإخلال بحكم المادة ١٩ لا تشمل الحماية .... أولاً – المجموعات التى تنتظم مصنفات عدة كمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المجموعات وذلك مع عدم الإخلال بحقوق كل مصنف ..... ومع ذلك تتمتع المجموعات سالفة الذكر إذا كانت متميزة بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصى آخر يستحق الحماية » .

ويتضح من النصين السابقين أن المشرع المصرى كفل الحماية لبرامج الحاسب الآلى وقواعد البيانات وأعتبرها من المصنفات الأدبية وأعطى لوزير الثقافة سلطة إضافة مصنفات أخري تماثلها . ولكن هل تشمل الحماية الوسائط المتعددة التى تقوم على الجمع بين أكثر من مصنف ويمكن

للمتعامل معها التعديل والتبديل فيها ؟ سبق أن رأينا أن جانب من الفقه الفرنسى أعتبر الوسائط المتعددة من قواعد البيانات التى شملها الفرنسى بالحماية ، ونحن نتفق مع هذا الرأى نظراً لأن قواعد البيانات يمكن أن تجمع بين أكثر من مصنف .

ولا نرى أن المشرع المصرى قد أخرج الوسائط المتعددة من الحماية عندما أخرج المجموعات المركبة من نطاق الحماية حيث أنه يوفر الحماية لحقوق مؤلف كل مصنف (م ٤ أولاً) ، ويوفر الحماية للعمل ككل إذا كان يتميز بسبب يرجع للابتكار أو الترتيب أو أى مجهود شخصى (الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة المشار إليها) [٣٢] ، ونرى أن نص المادة الرابعة لا يمثل خروجاً على القواعد العامة لحماية الملكية الفكرية حيث أنه يقرر ببساطة أنه لا حماية للعمل المركب إلا إذا كان مبتكراً أو متميزاً فى ترتيبه أو لمجهود شخصى .

وقد فرض المشرع عقوبات لتقليد المصنفات الأدبية ومن بينها برامج الحاسب وقواعد البيانات فيعاقب وفقاً للمادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أرتكب أحد الأفعال الآتية :

(أولاً) من اعتدى على حقوق المؤلف المنصوص عليها فى المواد ٥ و ٦ و ٧ و ٩ من هذا القانون .

(ثانياً) أدخل فى مصر بقصد دون أذن المؤلف أو من يقوم مقامه مصنفاً منشوراً فى الخارج مما تشمله الحماية التى تفرضها أحكام هذا القانون .

(ثالثاً) من باع أو عرض للبيع أو للتداول أو للإيجار مصنفاً مقلداً مع علمه بتقليده .

(رابعاً) من قلد فى مصر مصنفاً منشوراً فى مصر أو فى الخارج أو باعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو صدره للخارج مع علمه بتقليده .

وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات محل الجريمة .

وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه . وفى جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ المقلدة والأدوات المستخدمة للتقليد ، وينشر ملخص الحكم الصادر بالإدانة فى جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه . ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضى بغلق المنشأة التى استغلها المقلدون أو شركاؤهم فى ارتكاب أحد الأفعال المشار إليها مدة لا تزيد عن ستة أشهر .

والحقوق التى يحميها النص السابق هى حق نشر المصنف واستغلاله ماليًا (نقل المصنف للجمهور بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة) (المواد ٥ و ٦) ، وكذلك حق تعديل وتحوير المنصف (م ٧) ،وحق المؤلف وحده فى أن ينسب إليه مصنفه وفى أن يدفع أى اعتداء على هذا الحق وله كذلك أن يمنع الحذف أو التغيير فى المصنف (م ٩) .

والجريمة المشار إليها من الجرائم العمدية التى يقوم ركنها المعنوى بالقصد الجنائى وعنصريه العلم والإرادة ، ومع ذلك ذهب جانب من الفقه إلى القول بافتراض توافر القصد الجنائى فحسن النية لا يفترض فى جريمة التقليد ويعد توافر صورة من صور النشاط الإجرامى قرينة على توافر القصد الجنائى ومع ذلك فهى قرينة بسيطة تقبل اثبات العكس [٣٣] ويقع على الجانى عبء إثبات حسن نيته [٣٤] ، والرأى عندنا أن هذه الجريمة تقوم بالقصد الجنائى العام [٣٥] ، والقول بأن القصد الجنائى مفترض يتعارض مع صراحة النص ومبادىء دستورية أساسية كقرينة البراءة ومبدأ شخصية المسئولية الجنائية .

وبناء على ما سبق يعد مرتكبًا للجريمة المنصوص عليها بالمادة ٤٧ من قانون حماية حق المؤلف من يقوم بتقليد موقعاً للإنترنت أو التعديل أو التحوير فيه دون موافقة صاحبه .

الفصل الثالث

تجريم الاعتداء على التجارة الإليكترونية بدوقية لوكسمبورج

نظراً لخطورة أفعال الاعتداء على البيانات المحفوظة بالحاسبات فقد أعتبر جانب من الفقه وبعض أحكام القضاء هذه البيانات من قبيل المنقول الذى يمكن أن يكون محلاً لجرائم الاعتداء على الأموال (٣٦) .

ويكشف عدم إمكانية الأخذ بالرأى السابق أنه يتعارض مع مبادىء مستقرة بالقانون الجنائى وبصفة خاصة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ومبدأ التفسير الضيق للنصوص العقابية أن المشرع فى دوقية لوكسمبورج تدخل مباشرة بقانون التجارة الإليكترونية ليوسع من مفهوم المنقول . وذلك بتعديل قوانين مثل القانون المدنى وقانون التجارة وقانون العقوبات ، كما غير من مفهوم المحرر فى جرائم التزوير . وسوف نعرض لهذا القانون تفصيلاً نظراً لأنه واجه وبنصوص جنائية مباشرة الأعمال التى تهدد التجارة الإليكترونية .

ويكشف قانون التجارة الإليكترونية الذى تم إعداده فى دوقية لوكسمبورج ، الذى تمت الموافقة عليه من مجلس النواب فى ٢٠٠٠/٧/١٢ ، عن مدى اهتمام الدول الأوربية بتوفير الحماية للتجارة الإليكترونية ، وكذلك بعد النظر الذى يكشف عن الحاجة الملحة لتدخل المشرع لتغطية أوجه القصور فى القوانين القائمة .

يلاحظ أن المشروع الخاص بقانون التجارة الإلكيترونية لدوقية لوكسمبورج كان ينطوى على تعديلات أكبر فى قانونى العقوبات والإجراءات الجنائية من تلك التعديلات التى أدخلها القانون فيتضح من استقراء نصوص المشروع التوسع من مفهوم المنقول فحدد أن المنقول قد يكون مادياً BIEN CORPOREL وقد يكون معنوياً BIEN INCORPOREL ، وبالتالى تقع جريمة اختلاس الأموال العامة على الأموال غير المادية (المعنوية) (المادة ٤٠ من المشروع المعدلة للمادة ٢٤٠ من قانون العقوبات) .

وكان المشروع قد أعاد صياغة النصوص الخاصة بجرائم الأموال بحيث تقع على الأموال غير المادية فقرر المشروع أن السرقة تقع كذلك على الأموال غير المادية (المادة ٤١ المعدلة للمادة

٤٦١ من قانون العقوبات) . ويتضح أن المشروع تناول سرقة الأموال غير المادية بالنظر إلى قيمتها الاقتصادية ، واستخدم المشروع بدلاً من اصطلاح اختلاس SOUSTRACTION الذى يفترض أنه يقع على الأموال المادية تعبير ظهر كحائز (سيد) للمال غير المادى S'EST RENDU MAÎTRE D'UN BIEN INCORPOREL

واعتبر المشروع من أسباب تشديد عقوبة السرقة الكسر والتسور واستعمال المفاتيح المصطنعة واستعمال الوسائل الإليكترونية (المادة ٤٢ المعدلة للمادة ٤٦٧ من قانون العقوبات) . وبالتالى يلاحظ أن المعلوماتية لا تكون فقط محلاً للاعتداء الإجرامى بل يمكن أن تكون وسيلة ارتكاب الجريمة .

واعتبر المشروع من الظروف المشددة للسرقة استخدام العنف أو التهديد من قبل المتهم عند ضبطه متلبساً بالسرقة واستخدم العنف أو التهديد للمحافظة على حيازته للأشياء المختلسة أو الأموال غير المادية التى ظهر مسيطراً عليها ... (المادة ٤٣ من المشروع المعدلة للمادة ٤٦٩ من قانون العقوبات) .

وأضاف المشروع إلى الأموال التى يمكن أن تكون محلاً للإبتزاز الأموال غير المادية (م٤٤ المعدلة للمادة ٤٧٠ من قانون العقوبات) .

وشدد المشروع عقوبة السرقة إذا وقعت على مكان مسكون وكان ذلك باستعمال مفاتيح مصطنعة إليكترونية (المادة ٤٥ المعدلة للمادة ٤٧١ من قانون العقوبات) .

وكان المشروع يعاقب القانون على خيانة الأمانة إذا كان محل الأمانة من الأموال غير المادية (م ٤٨ المعدلة للمادة ٤٩١ من قانون العقوبات) ، وعاقب المشروع على النصب إذا كان محله من الأموال غير المادية (م ٤٩ المعدلة للمادة ٤٩٦ من قانون العقوبات) .

وفيما يتعلق باستعمال العملة المزيفة والأوراق والتذاكر والأختام والعلامات والطوابع والرسائل التلغرافية والمكتوبة أضاف المشروع عبارة «وبما فيها المزورة إليكترونيا» (المادة ٣٩ المعدلة للمادة ٢١٣ من قانون العقوبات) .

وأما القانون فى صورته النهائية فقد تضمن نصوصًا تنطوى على تعديل لأحكام القانون المدنى وقانون الإجراءات المدنية علاوة على تعديلات فى قانون العقوبات ، وقد وردت تعديلات هذا القانون الأخير بالمواد ٣٥ – ٤٥ ، ويمكن القول أن أهم تعديلات القانون تتعلق بمفهوم المنقول ومفهوم المحرر .

عددت المادة ٣٧ من القانون المعدلة للمادة ٤٨٧ من قانون العقوبات المفاتيح المصطنعة ومنها المفاتيح الإليكترونية واعتبرت فى حكم المفتاح المصطنـع المفـتاح الإليكـترونى الذى فـقده مالكه أو الذى سرق منه والتى استخدمت فى ارتكاب السرقة . وعاقب على اصطناع المفاتيح الإليكترونيـة (م ٣٨ المعدلة للمادة ٤٨٨ من قانون العقوبات) .

وعـاقب القانـون فى المادة ٣٩ المعدلة للمـادة ٤٩٨ من قـانـون العقـوبـات على إخـفـاء ، كـلـيًا أو جزئيًا ، الأشياء والأموال غير المادية المسروقة أو المختطفة أو التى تم الحصول عليها بارتكاب جناية أو جنحة . وكذلك عاقب المشرع على خداع المستهلك بتسليم مال يشابه المال المبيع فى ظاهره سواء كان هذا المال من الأموال المادية أو غير المادية (م ٤٠ المعدلة للمادة ٥٠٥ من قانون العقوبات) .

وأضاف المشرع نصاً فى القانون لم يكن موجوداً بالمشروع يتعلق بتجريم الدخول أو البقاء غير المشروع بصورة كلية أو جزئية بنظام لمعالجة أو لنقل البيانات إليكترونيًا . وشدد العقوبة إذا ترتب على هذا العمل حذف أو تعديل البيانات الموجودة بالنظام (المادة ٤١ المعدلة للمادة ١-٥٠٩ من قانون العقوبات) . كما عاقب على أى إعاقة أو إخلال عمدى لتشغيل نظام لمعالجة أو نقل إليكترونى للبيانات ، دون مراعاة لحقوق الغير (المادة ٤٢ المعدلة للمادة ٢-٥٠٩ من قانون العقوبات) . كما عدلت المادة ٤٣ من قانون التجارة الإليكترونية المادة ٣-٥٠٩ من قانون العقوبات بحيث تعاقب الشخص الذى يقوم عمداً وبالإخلال بحقوق الغير بإدخال مباشر أو غير مباشر لبيانات بنظام لمعالجة أو نقل البيانات إليكترونياً أو بمحو أو إلغاء أو تعديل البيانات التى يحـويها النـظام أو أسـلوب معالجـته أو نقله للبيانات .

ويتضح من نصوص المواد ٤٣ - ٤١ أن المشرع بدوقية لوكسمبورج قد نقل صراحة عن المشرع الفرنسى نصوص المواد ١-٣٢٣ إلى ٣-٣٢٣ وقد سبق أن عرضنا لها تفصيلاً ، وهذا يكشف عن أن هذه النصوص يمكن أن تطبق فعلاً بشأن حماية مواقع الإنترنت ، وتؤكد عدم شعور المشرع الفرنسى بحاجة ملحة للتدخل فعلاً لتوفير حماية جديدة .

وبالنسبة للمحررات عدلت المادة ٣٥ من قانون التجارة الإليكترونية المادة ١٩٦ من قانون العقوبات فى شأن التزوير فأضافت فى النص الخاص بالتزوير كمحل للتزوير الكتابة الإليكترونية ÉCRITURE ÉLECTRONIQUE فصار لها ذات الحماية التى يوفرها المشرع الجنائى للمحررات (ذات الطبيعة المادية) ، كما أعتبر التوقيع الإليكترونى SIGNATURE ÉLECTRONOQUE (٣٧)

كالتوقيع الخطى التقليدى . واستبعد نص المادة ٣٦ المعدلة للمادة ١٩٧ من قانون العقوبات مصطلح المحرر (بمفهومه المادى) ACTE OU PIÉCE واقتصر على استخدام مصطلح المزور FAUX عند تناول أحكام جريمة استعمال الدعامات المزورة .

والنصوص الواردة بشأن التزوير فى قانون التجارة الإليكترونية بدوقية لوكسمبورج تمثل ذات اتجاه المشرع الفرنسى حيث أن المادة ١ – ٤٤١ من قانون العقوبات الفرنسى الجديد قد وسعت من مفهوم التزوير فلم تقصره على المحررات بمفهومها المادى ولكن مدت الحماية لكل دعامة -SUP PORT للتعبير عن الإرادة .

والسؤال الذى يطرح نفسه هنا هو هل عدل المشرع فى دوقية لوكسمبورج فى مجال التجريم والعقاب عن اتجاهه فى اعتبار الأموال غير المادية محلاً لجرائم الاعتداء على الأموال كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة ؟

أرى أنه على الرغم من أن المشرع بدوقية لوكسمبورج لم يضمن القانون فى صورته النهائية تعديلات فى النصوص الخاصة بتجريم السرقة والنصب وخيانة الأمانة إلا أن النصوص التى أبقى عليها مازالت تعاقب على إخفاء الأشياء المسروقة والتى نص فيها صراحة على أن محل الإخفاء قد يكون من الأموال غير المادية بما يعنى أن السرقة أو غيرها من الجرائم (الجنح والجنايات) التى تقع على الأشياء أو الأموال يمكن أن يكون محلها من الأموال غير المادية . كما اعتبر المشرع فى الدوقية من ناحية أخرى المفتاح الإليكترونى المصطنع من الظروف المشددة لبعض الجرائم ومن بينها السرقة ومن غير المتصور استخدام المفتاح الإليكترونى إلا للوصول لما يسمى بالأموال غير المادية كقواعد البيانات الإليكترونية وأرقام واكواد وشفرات برامج الكمبيوتر وبرامج الكمبيوتر .

توصيات

١ – مناشدة المشرع تطوير القوانين التالية : قانون الإثبات وقانون الصرف وقانون العقوبات بما يتناسب مع متطلبات التجارة الإلكترونية وما تقتضيه بالدليل الإلكترونى على قدم المساواة مع الدليل الكتابى والإستفادة فى ذلك من القوانين النموذجية الصادرة عن الانسيترال ، ومن تجارب الدول الأخرى .

٢ – تطوير الدراسات القانونية والاقتصادية لتتناسب مع المتغيرات الحديثة فى مجال التجارة الدولية وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية .

٣ – إصدار مجموعة من التشريعات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الإلكترونية ، ومن أهم هذه التشريعات ما يتعلق بمكافحة الاحتكار ، وحماية المستهلك ، وحماية البيانات الشخصية ، حرصاً على احترام الحريات الفردية .

٤ – تشجيع الإدارات الحكومية التى تقدم خدمات للجماهير على استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة فى جميع صورها .

٥ – إلزام العاملين فى أجهزة الدولة المختلفة باجتياز دورات تدريبية على استخدام الحاسب الآلى وشبكة الإنترنت .

٦ – تطوير العمل فى الجهاز المصرفى وسوق المال لاستخدام التقنيات الحديثة ، بما يتجاوب مع حاجات التجارة الإلكترونية ، وما تتضمنه من استعمال وسائل الدفع الحديثة .

٧ – وضع معايير مرنة من أجل توفير الثقة والأمان فى وسائل الاتصال المستخدمة فى التجارة الإلكترونية بما يتجاوب مع المتغيرات المتسارعة فى تقنية الاتصال .

٨ – تحديد الجهات التى يعهد القانون إليها بالتصديق على التوقيعات الإلكترونية ، ووضع التنظيم القانونى الملائم لعملها .

هوامش

(1) http : // www. cybercrime. gov/coedraft. htm

(2) http : // www. cybercrime. gov/coepress.. htm

(3) THE ELECTRONIC FRONTIER : THE CHALLENGE OF UNLAWFUL CONDUCT INVOLVING THE USE OF THE INTERNET, A Report of the President's Working Group on Unlawful Conduct on the Internet, http : // www. usdoj. gov/ criminal / cybercrime/ unlawful htm.

(4) MICHEL KESSLER, L'INVESTISSEMENT INFORMATIQUE DE L'ENTREPRISE ET SA PROTECTION PÉNALE, GP. 1990, Doct. P. 6.

(5) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILION, YEVES MAYAUD, op. cit., pp. 610 et s.

(٦) دكتور على عبد القادر القهوجى ، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيًا ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، كلية الشريعة والقانون ، الفترة من ١-٣ مايو ٢٠٠١ ، مجموعة أعمال المؤتمر ، جامعة الإمارات العربية المتحدة .

(7) JEROME HUET ET HERBERT MAISL, DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES TÉLÉCOMMUNICATION, LITEC, 1989, no 707.

(8) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILLON, YEVES MAYAUD, op. cit., pp. 611 et s.

(9) ALAIN BENSOUSSAN, INTERNET, ASPECTS JURIDIQUES, HERMES, 1996, 1997, P. 108.

(10) HENRI ALTERMAN, LA FRAUDE INFORMATIQUE, GP. 1988, Doct., P. 530.

(١١) دكتور جميل عبد الباقى الصغير ، القانون الجنائى والتكنولوجيا الحديثة ، الكتاب الأول ، الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلى ، ١٩٩٢ ، دار النهضة العربية ، ص ١٥٠ .

(١٢) دكتور على عبد القادر القهوجى ، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونياً ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، كلية الشريعة والقانون ، الفترة من ١-٣مايو ٢٠٠١

(13) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILLON, YEVES MAYAUD, op. cit., p. 612.

(14) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILLON, YEVES MAYAUD, ibid., p. 612.

(١٥) دكتور على عبد القادر القهوجى ، المرجع السابق .

(16) ALAIN BENSOUSSAN, INTERNET, ASPECTS JURIDIQUES, op. cit., p. 109.

(17) HENRI ALTERMAN, LA FRAUDE INFORMATIQUE, op. cit.

(١٨) دكتور على عبد القادر القهوجى ، المرجع السابق .

(19) HENRI ALTERMAN, LA FRAUDE INFORMATIQUE, ibid.

دكتورة هدى حامد قشقوش ، الإتلاف العمدى لبرامج وبيانات الحاسب الإليكترونى ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، كلية الشريعة والقانون ، الفترة من ١-٣ مايو ٢٠٠١ مجموعة أعمال المؤتمر ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ..

(20) GABRIEL ROUJOU DE BOUBÉE, BERNARD BOULOC, JACQUES FRANCILLON, YEVES MAYAUD, op. cit., p. 613.

(21) CHRISTIANE FÉRAL-SCHUHL, op. cit, p. 40.

(٢٢) دكتور على عبد القادر القهوجى ، المرجع السابق .

(23) VALÉRIE SEDALLIAN, CREATION D'UN SITE SUR L'INTERNET, ASPECTS JURIDIQUES, http : // internet - juridique. net/chroniques/sitejuridique. html

(24) http : // www. cybercrime. gov / coedraft. htm

(25) R. MARK HALLIGAN, ESQ., RECENT INTELLECTUAL PROPERTY LAW DEVELOPMENTS ON THE INTERNET, http : // www. execpc. com/ ñhallign/internet. html

(26) CHRISTIANE FËRAL-SCHUHL, op. cit., p. 10

(27) ALAIN BENSOSSAN, INTERNET, ASPECTS JURIDIQUES, HERMES, 1996, 1997, P. 45.

(28) ALAIN BENSOSSAN, INTERNET, ibid., p. 47.

(29) "Recueil d'ceuvres, de données, ou d'autres, éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique et individuellement accessibles par moyens électroniques ou par tout autre moyen".

(30) CHRISTIANE FËRAL-SCHUHL, op. cit., p. 12

(31) Directive 96/9/CE du Parlement européan et du Conseil du 11 Mars 1996 cocernant la protection des bases de données : JOCE, no. L77/20 du Mars 1996.

(٣٢) دكتور محمد حسام محمود لطفى ، حقوق المؤلف فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء – دراسة تحليلية للقانون المصرى ، القاهرة – ١٩٩٩–٢٠٠٠ ، ص ٣٢ .

(٣٣) دكتور على عبد القادر القهوجى، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيًا ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ، كلية الشريعة والقانون ، الفترة من ١–٣ مايو ٢٠٠٠ .

(٣٤) دكتور محمد حسام محمود لطفى ، المرجع السابق ، ص ٧٢ .

(٣٥) دكتور أسامة عبد الله قايد ، الحماية الجنائية لحق المؤلف ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ١٩٩١ ، دار النهضة العربية ، ص ٧٣ وما بعدها .

(٣٦) سبق أن تناولنا هذه المسألة تفصيلاً فى بحثنا عن جرائم الاعتداء على الأشخاص والإنترنت ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٣ وما بعدها .

(٣٧) أضافت المادة السادسة من قانون التجارة الإليكترونية المادة ١–١٣٢٢ إلى القانون المدنى والتى تنص على أن التوقيع اللازم لإتمام عمل بإمضاء شخصى يميز من قام به ويكشف عن موافقته على محتوى العمل ، ويمكن أن يكون خطيًا أو إليكترنيًا . والتوقيع الإليكترونى هو مجموعة من المعطيات (البيانات) والمتصلة بصورة لا يمكن فصلها بالعمل والتى تضمن تكاملة وفقًا للشروط الواردة بالفقرة الأولى من هذه المادة .

قيمة مستخرجات
التقنيات العلمية الحديثة
ومدى حجيتها فى الإثبات المدنى

دكتور
أسامة أحمد شوقى المليجى
أستاذ قانون المرافعات المساعد
كلية الحقوق - جامعة القاهرة

مقدمة

١ – لم يعد تدخل القاضى فى تسيير إجراءات الخصومة محل جدل وإن كانت هناك بعض التساؤلات التى تثور بخصوص دوره الحالى فى عملية الإثبات بالدعوى ، خاصة بعد التطورات التى لحقت بتكنولوچيا المعلومات . ووسائل الاتصال عند بعد .

فإذا كان من المستقر أن على القاضى أن يقضى بالعدل وأن يسيطر على سير الخصومة ويراقب موضوع إلقاء عبء على عاتق أحد الخصوم ، فإن تحديد نطاق هذه المهمة لازال محل نقاش وخلاف .

– وقد زادت المشكلة تعقيداً نتيجة للتطور العلمى المذهل فى مجالات نقل المعلومات ووسائل الاتصال . فقد أدى ذلك لوجود نظم فنية جديدة لمعالجة المعلومات والبيانات أو لاتمام التعاملات بين الأشخاص .

وقد أثارت هذه التكنولوچيا الجديدة فى مجال الإثبات تساؤلات قانونية عديدة بعضها – رغم ما يثيره من صعوبات عند بحثه – تدعو الحاجة إلى ايجاد إجابة له لمسايرة التقدم العلمى المستمر .

٢ – فالحقيقة أن دور القاضى فى إقامة الدليل يتزايد يومًا بعد يوم سواء من حيث منحه إمكانية الأخذ بزمام المبادأة فى تحديد الطريق الواجب الاتباع عند الإثبات أو من حيث توسيع سلطته الرقابية على أدلة الإثبات المقدمة . هذه الزيادة تتزامن مع التطور الكبير فى تكنولوچيا المعلومات التى أصبحت تضم وسائل جديدة لتبادل المعلومات والبيانات ولابرام الاتفاقيات والمعاملات بين الأفراد .

فإذا كانت تكنولوچيا المعلومات تثير – بصورة عامة – مشكلات تتعلق بالإثبات أو بحفظ المعلومات ، فإن انعدام الثقة الذى ينشأ عن استخدامها ، يؤثر – بصفة خاصة على التبادل الإلكترونى للمعلومات فى علاقات العمل التى تقوم بين رجال الأعمال أو عند إبرامهم للعقود مع الأفراد .

فهذه التكنولوچيا عالية المستوى الفنى لها قيمة كبيرة لا يمكن إنكارها فى الإثبات ، ولوكانت كدلالة أو كقرينة يمكن اعتبارها بداية للدليل الكتابى ذى القيمة الإثبات ية . فالمعلومات أو البيانات التى يمكن حفظها بمعرفة مصدرها أو من يتلقاها بحيث يمكن التمسك بها عند المنازعة فيها يمكن

للقاضى أن يثق بها إذا كان تسجيلها قد تم وفقاً لأسلوب منظم بطريقة جيدة . إلا أنه لا يمكن منع احتمال وجود خطأ أو عيب فى عملية نقل المعلومات والبيانات سواء من جانب المصدر أو من جانب وسائل النقل والاتصال .

٣ – فالواقع أن زيادة حجم البيانات والمعلومات التى تلتزم المنشآت بحفظها خلال فترة زمنية طويلة ، تثير لها مشكلة ايجاد مكان لحفظ المستندات التى تحتوى على هذه البيانات ، والتى عادة ما تحفظ فى الأرشيف L'archive وهو ما يحتاج لمساحة كبيرة غالباً ما تفتقدها هذه المنشآت . لذلك جاء اختراع الحاسب الآلى «Ordinateur» ليساهم فى حل هذه المشكلة بتخفيض حجم المحررات والمستندات واجبة الحفظ ، حيث يقوم بحفظ المعلومات بداخله دون حاجة إلى حيز أو حجم كبير . وقد زادت الفائدة بالاندماج التى تم بين المعلوماتية (L'informatique) والاتصالات عن بعد (Les télécommunications) فيما يسمى بالمعلوماتية عن بعد (La télématique) حيث سمحت هذه الأخيرة بإضافة إمكانية جديدة تتمثل فى إبرام العديد من العمليات مثل التحويل الإليكترونى للأموال أو الاستشارات الخاصة ببنوك المعلومات وغيرها من الأمور الأخرى المتعلقة بتبادل البيانات.

٤ – على الرغم مما سبق بيانه من أهمية لهذه الوسائل الفنية الجديدة ، فأنها تثير العديد من التساؤلات القانونية الصعبة خاصة فى مجال قانون الإثبات . فهل معالجة وحفظ المعلومات فى شكل مستندات ومحررات معلوماتية (documents informatiques) مثل الشرائط الممغنطة Bandes magnetiques وشرائط الفيديو Disques – وشرائط وتسجيلات الحاسب الآلى Lis-tinges d'ordinateurs – والمصغرات الفيلمية لما يخرج من الحاسب الآلى "microfilms de sortie d'ordinater" . يمكن أن يعتبر بمثابة إعداد لدليل يمكن أن يتمسك به عند نشأة النزاع ؟ خاصة وأن القاعدة العامة تقضى بأن دليل الإثبات لن تكون له قيمة إلا إذا لم يكن صادراً ممن يتمسك به **(Un élément de preuve n'a de Valeur que s'il n'émane pas de celui qui s'en Provaut).**

وهل التعاملات التى تتم اليوم من خلال الحاسب الآلى وتسمى بالمعاملات الناشئة عن استخدام تكنولوچيا المعلوماتية عن بعد (transactions télématiques) يمكن أن تجيب على التساؤل الخاص بالشروط القانونية لإثبات الأعمال القانونية ؟ .

– كل التساؤلات والمشكلات التى ذكرناها سنحاول الإجابة عليها أو ايجاد حلول لها من خلال تقسيمنا لدراستنا إلى فصلين أساسيين :

الأول : ويتناول مشكلات الإثبات التى يثيرها استخدام التقنيات العلمية الحديثة سواء كانت وسائل معلوماتية أو وسائل معلوماتية عن بعد .

والثانى : ويعالج مدى قبول مستخرجات التقنيات الحديثة فى الإثبات أمام المحاكم المدنية .

الفصل الأول

مشكلات الإثبات التى يثيرها استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة

٥ – إن تنظيم التبادل الإليكترونى للمعلومات أصبح الآن مطلباً ملحاً مع ضرورة تنظيم أيضاً عبء الإثبات . فالمشكلة الأولى التى يتعين التعرض لها تتمثل فى المخاطر التى تتعرض لها المستندات والمعلومات التى يتم تبادلها عن طريق وسائل المعلوماتية الحديثة **(L'informatique et La télématique)** وكيفية تلافيها أو التخفيف من آثارها . والمشكلة الأخرى – مما ذكرنا – تمثل فى محاولة الإقلال من حالات الخروج على المبدأ العادل الذى يمنع إعداد الشخص – المتحمل بعبء الإثبات – لدليل الإثبات بنفسه لكى يتمسك به أمام القضاء .

المبحث الأول

المخاطر التى تتعرض لها البيانات والمعلومات المتبادلة عن طريق التقنيات العلمية الحديثة

٦ – سوف نتناول فى هذا المبحث أخطار الأخطاء التى يمكن أن تصيب بيانات ومعلومات صادرة عن وسائل تقنية حديثة **(مطلب أول)** ثم أخطار الغش فى نقل المعلومات والبيانات التى تحتويها هذه التقنيات **(مطلب ثان)** .

المطلب الأول

مخاطر الخطأ

Risques d'erreurs

٧ – تختلف مصادر الخطأ الذى قد يهدد سلامة وصحة المعلومات والبيانات الصادرة عن وسائل التقنية الحديثة للاتصال . فهناك الخطأ البشرى والخطأ الفنى والخطأ الذى يرجع إلى عوامل خارجية طبيعية .

(١) **الخطأ البشرى :** ويعتبر الخطأ الأكثر حدوثاً لارتباطه بعملية إدخال البيان أو المعلومة فى وسيلة الاتصال حيث تعتمد هذه العملية فى الغالب على الادخال اليدوى . ويطلق على القائم بهذه

العملية اسم المبرمج **Programmateur** الذى قد يقع فى خطأ فى تصميم البرنامج أو فى المعلومات الموضوعة به أو فى تشغيله . وأخيراً قد يتمثل الخطأ فى ربط البرنامج بجهاز الحاسب وفى نقل المعلومة أو البيان إليه . ولما كان من الصعب إقامة الدليل على صحة سلامة إدخال المعلومات والبيانات إلى الجهاز المستخدم أو نقلها يدوياً إلى جهاز آخر ، فقد دفع ذلك البعض – من أجل علاج هذا الوضع – أن يقترح نقل عبء الإثبات وإلزام المدعى عليه بإثبات خطأ هذه العملية .

(٢) الخطأ الفنى : عندما يتبين أن الخطأ راجع إلى الاستخدام السيء لبرامج الحاسب أو للأجهزة أو للأساليب المعدة لنقل المعلومات والتى تربط بين أنظمة معلوماتية متعددة ، فإن الخطأ يوصف بأنه فنى . وإن كانت حقيقة الأمر أن نسبة الخطأ الفنى تعد ضئيلة ، خاصة إذا كانت عملية إدخال المعلومات ونقلها يتم آلياً ، طالما كانت الأجهزة التقنية المستعملة تعد دقيقة وتخضع للرقابة المستمرة .

لذلك نجد أنه بفضل التقدم العلمى ، فإن الأخطاء التى يمكن أن تحدث نتيجة لعيوب فى الأجهزة أو فى أنظمة الحاسب الآلى أصبحت قليلة وإن كان تكرار وقوعها قد يؤدى إلى نتائج خطيرة ، على خلاف الحال بالنسبة للعيوب التى يمكن أن تلحق بذات أنظمة الاتصال التى مازالت تعد كثيرة ومؤثرة .

(٣) الخطأ الخارجى : أخر أنواع الاخطاء ، ويرجع إلى الأجواء المحيطة بالبيئة التى توجد بها الأجهزة المستخدمة فى عملية تسجيل ونقل المعلومات . فسوء الأحوال الجوية من اختلاف فى درجات الحرارة والرطوبة وانتشار الأتربة والرمال ، فضلاً عن وجود مؤثرات كهرومغناطيسية أو كهرواستكية أو اهتزازات خارجية أو انقطاع للكهرباء التى تغذى هذه الأجهزة ، قد يؤدى كله إلى حدوث أعطال تهدد سلامة المعلومات والبيانات من حيث إمكانية تخزينها أو نقلها .

٨ – والحقيقة أن استخدام الوسائل الحديثة لنقل المعلومات وتبادلها عن بعد ، حد بعض الشيء من مخاطر الخطأ التى كان من الممكن أن تحدث خلال عملية إدخال البيانات (**Saisine**) أو اعدادها (**Préparation**) أو حفظها (**Conservation**) أو نقلها (**transmission**) ، وإن كانت احتمالات الخطأ لازالت واردة وعند حدوثه ، فإن آثاره تكون أكثر خطورة منها عند استخدام الطرق التقليدية لنقل المعلومات ، بالنظر إلى حجم العمليات التى ينجزها كل جهاز فى وقت موجز .

ولكن كما ذكرنا من قبل ، فإن إخضاع أجهزة التقنية الحديثة للرقابة المستمرة ، يمكن أن يسمح بإلقاء عبء الإثبات في حالة الادعاء بوجود عيوب تمس هذه الأجهزة أو انظمتها على عاتق من أقيم الدليل على حسن وانتظام عمل هذه الأجهزة. وهذا ما أخذت به محكمة استئناف باريس في حكم مشهور لها عندما رفضت أن تنسب إلى أحد عملاء بنك معين سحب مبلغ من النقود من أحد أجهزة السحب الأوتوماتيكي بواسطة بطاقته الخاصة التي أدعى سرقتها ووفقًا لرقمه السري استنادًا إلى أن :

"Il n'est pas excluque par siute d'une défaillance du systéme de sécurité du distributeur, celui - ci puisse fonctionner á l'aide de la seule carte sans le secours du numéro de code personnel" .

وفي هذه الحيثيات افترضت المحكمة إمكانية تعيب جهاز السحب الآلي مما قد يسمح بإمكانية السحب منه دون تقديم الرقم السري للحساب ، مما يوحي بأن البنك لم يتقدم بالدليل على قيامه بأعمال الرقابة اللازمة لأجهزة السحب الآلي .

وقد كان هذا الاتجاه محل نقد من جانب بعض الفقه على أساس أنه من غير المنطقي افتراض تعيب أجهزة المعلوماتية والالزام بإثبات العكس أي سلامة هذه الأجهزة في حين أن الواقع يدعو إلى افتراض سلامتها وحسن أدائها لعملها والزام من يدعي خلاف ذلك بإثبات ما يدعيه .

المطلب الثاني

مخاطر الغش المعلوماتي

Risques de fraude informatique

١ - فكرة الغش المعلوماتي :

٩ - تمثل هذه المخاطر تهديداً حقيقياً لعملية الإثبات من خلال وسائل الاتصال والمعلومات الحديثة ، مما يتطلب منا إعطاء اهتمام أكبر بمواجهتها حتى يمكننا الاستفادة من التطور الهائل الذي لحق ، ويلحق بهذه الوسائل . ويرجع البعض هذا التهديد إلى « ضعف التدخل الإنساني المباشر » من جانب بعض اطراف العلاقة مما يتيح للطرف الآخر إمكانية التدليس والغش . ويلاحظ أن الغش يتميز بطبيعة عمدية لأنه يجد عادة مصدره في تصرف إنساني غير مشروع .

كما يتميز الغش أيضاً بصعوبة إثباته ، خاصة وأنه لا يرد على بيانات مكتوبة يمكن مراجعتها وكشفه ، وإنما يتم عادة دون ترك أى أثر مكتوب مع سهولة اخفائه وإزالة أثره فى وقت قصير للغاية . فضلاً عن أنه يتم فى غالب الأحوال من مسافات بعيدة وذلك بمجرد إعطاء الأمر والتعليمات للحاسب الآلى .

وأيضًا من أسباب صعوبة الكشف عن الغش ، المجنى عليه نفسه ، الذى يؤثر عادة الصمت رغبة فى الإبقاء على ثقة عملائه فى أنظمته الالكترونية – وبصفة خاصة إذا تعلق الأمر بمؤسسة مالية كبيرة أو ببنك معروف .

ويظهر ذلك واضحًا فى حالات اختلاس الأموال من البنوك أو الشركات عن طريق أحد العاملين بها الذى يعلم المفاتيح والأرقام السرية للدخول إلى نظم المعلومات والحاسب الآلى لجهة عمله حيث يقوم ببرمجتها من أجل تحقيق هذا الهدف .

٢ – وسائل الغش المعلوماتى :

١٠ – يمكن أن يتحقق ذلك بمعرفة أى شخص آخر ينجح فى الدخول على أى نظام معلوماتى (imformatique) أو خاص بحاسب آلى (Ordinateur) ثم يستعمله لحسابه مستغلاً أن استعمال وسائل المعلوماتية عن بعد (télématique) يمكن أن يسهل هذا الدخول المخالف –والذى يطلق عليه القرصنة على نظم المعلومات أو على نظم المعلوماتية عن بعد (Sabotage informatique ou té-lématique) – عن طريق تعطيل شبكة الاتصالات من خلال اختلاق تزاحم لخطوط الهاتف الخاصة بالنظام المستهدف .

وقد يتحقق هذا الغش أيضاً من خلال الاستخدام السيء (L'utilisation abusive) لمن يملك الدخول على نظام معلوماتى معين أو من خلال استخدام نظام النقل الآلى للأموال بالتجاوز للحدود التى يسمح بها الحساب المصرح به من البنك المجنى عليه .

وأيضاً من صور الغش المعلوماتى ، إطلاق فيروس داخل البرنامج يؤدى إلى تلوثه وتلفه وذلك دون أن يتم اكتشافه ، مما يصيب البرنامج الحقيقى والبيانات المسجلة عليه .

كذلك قد يتم الغش من خلال تزييف بطاقات الائتمان بتغيير الشريط الممغنط الثابت عليها أو عن طريق تقليد الحروف البارزة الموجودة على البطاقة .

١١ – والحقيقة أن ما يساعد على تعدد حالات الغش والتدليس فى هذا المجال هو كثرة أجهزة وبرامج الحاسب الآلى (Ordinateurs - Logiciels) المستخدمة ، فضلاً عن كثرة العمليات التى تتم من خلالها ، مما يهدد شبكة المعلوماتية عن بعد بالتعرض للمخاطر السابقة .

لذلك ذهب البعض إلى أن المعلومة أو البيان البسيط المخزن بالحاسب يكون أقل عرضه لهذه المخاطر من المعلومة أو البيان ذى القيمة الكبيرة الذى يكون محلاً لعمليات أكثر تعقيداً :

"Une donnée simplement stockée en ordinateur sera moins exposée qu'une donnée à haute Valeur ajoutée soumise de ce fait à un traitement plus Complexe".

٣ – طرق مواجهة الغش المعلوماتى :

١٢ – تعدد الوسائل المختلفة لمواجهة صور الغش المعلوماتى ، مما أدى إلى تخفيف آثار المشاكل الناشئة عنه . فقد تم استخدام أرقام سرية عند استعمال البطاقات البنكية ثم اللجوء إلى البطاقات ذات الذاكرة "carte à memoire" والمشتملة على أكثر من خمسة أرقام . وأخيراً استخدمت تقنيات حديثة توصل بكمبيوتر مركزى من خلاله يمكن الكشف عن البطاقة المسروقة أو المزورة .

وقد اهتمت التشريعات المختلفة بتجريم محاولات الغش المعلوماتى ، ومنها التشريع الفرنسى رقم ٨٨/١٩ الصادر فى ٥ يناير سنة ١٩٨٨ الذى يجرم الدخول غير القانونى فى أى نظام معلوماتى بقصد القرصنة أو التخريب أو الافساد ، حيث يعاقب على مثل هذه التصرفات . فنجده يضيف المادة ٢/٤٦٢ إلى مواد قانون العقوبات الفرنسى وذلك فى الفصل الخاص ببعض الجرائم المرتكبة فى مجال المعلوماتية – لكى تعاقب على أى تدخل غير قانونى – كامل أو جزئى – فى نظام معلوماتى بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من ٢٠٠٠ فرنك إلى ٥٠ ألف فرنك أو باحدى هاتين العقوبتين . فإذا ترتب على هذا الدخول غير المشروع أى إلغاء أو تغيير للمعلومات أو البيانات التى يتضمنها النظام أو افساد بعمل النظام ، كانت العقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من ١٠ آلاف إلى ١٠٠ ألف فرنك .

كذلك القانون الانجليزى الصادر فى ١٩٩٠/٨/٢٩ والخاص بالاستخدام السيء للحاسب الآلى "The computer misuse act" يعاقب على السطو على برامج الحاسب الآلى ، وعلى إدخال الفيروسات داخل النظم المعلوماتية بالغرامة والحبس .

المبحث الثانى
قاعدة عدم جواز اصطناع الشخص
لنفسه دليل اثبات بنفسه

١٣ – الأصل أن للخصم الحق فى إقامة الدليل على ما يدعيه ، بل يجب عليه ذلك . وهنا يبدو بوضوح الدور الإيجابى للخصوم فى عملية الإثبات . فالخصم له الحق فى إثبات دعواه ، وللخصم الآخر الحق فى إثبات العكس . إلا أن هذه الإيجابية يحد منها قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم دليلاً لنفسه لكى يثبت دعواه ، وإن كانت هذه القاعدة ذاتها ترد عليها بعض الاستثناءات لحكمه معينة ارتأها المشرع . لذلك يتعين التعرض – بداية – لحق الخصم فى الإثبات **(المطلب الأول)** ، ثم نتناول بعد ذلك المبدأ الخاص بضرورة أن يكون الدليل صادراً من الخصم الذى يتمسك به فى مواجهته **(المطلب الثانى)** .

المطلب الأول
إطار حق الخصم فى الإثبات

١ – الحق فى الإثبات :

١٤ – الأصل هو براءة الذمة . فمن ادعى انشغال ذمة غيره يحق عليه إقامة الدليل على ذلك.

فالتزامه بإثبات ما يدعيه هو التزام إيجابى . فالخصم عليه أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده من أدلة بالطرق التى رسمها القانون . وهو فى ذلك يتمتع – أيضًا – بحق اتفقت عليه الشرائع ، وأيده الشراح – فله أن يثبت دعواه ، فإن منعه القاضى أو لم يمكنه من ذلك ، اعتبر مخلاً بحق أساس من حقوق الدفاع ، وكان موقفه هذا سبباً للطعن على حكمه .

كذلك لا يجوز للخصم الآخر والغير تعطيل حق الخصم فى الإثبات بسوء نية أو بعنت من جانبه . بل يفرض المشرع على الخصم أو الغير – فى حالات محددة نصت عليها المواد من ٢٠ إلى ٢٧ من قانون الإثبات – التزام بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده أو عرض شيء يحوزه أو يحرزه تعلق به حق مدعى به من شخص آخر .

١٥ – وحق الخصم فى الإثبات لا يتعلق بصفته فى الخصومة – مدعى أم مدعى عليه – بل يثبت له بمجرد كونه خصمًا فى الدعوى . فكل دليل يقدم من الخصم لإثبات دعواه يعنى أن للخصم الآخر الحق فى نقضه وإثبات عكسه . فتقضى المادة ٦٩ من قانون الإثبات بأن الأذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائمًا أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق . كذلك إذا كان الدليل المقدم من الخصم ثانيًا بالكتابة ، جاز للخصم الآخر إثبات عكسه بكتابة مماثلة.

١٦ – والأصل أيضًا ، أن الخصم لا يلزم بتقديم دليل ضد نفسه ، بمعنى أن له أن يتخير من أدلة الإثبات ، التى يتمسك بها لاثبات ما يدعيه ، ما يكون فى صالحه ويحجب أى دليل ينهض ضده . وفى ذلك قضت محكمة النقض فى حكم شهير لها بأن « لا يجبر الخصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس فى مصلحته . فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به . وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه » . إلا أنه بمجرد تقديمه للدليل فى الدعوى – من تلقاء نفسه – للاستناد إليه فى إثبات ما يزعمه ، فإن للخصم أن يستخلص من هذا الدليل ما قد يكون فى صالحه لإثبات دعواه . بل للمحكمة أن تستخلص من المستند الذى تقدم به أحد الخصوم لصالحه دليلاً ضده . إلا أن هناك حالات تعتبر استثناء على هذا الأصل ، أجاز فيها المشرع لأحد طرفى الخصومة أن يجبر الخصم على تقديم ما تحت يده من محررات يرى أنها منتجة فى الدعوى.

٢ – القيود التى ترد على حق الإثبات :

١٧ – حق الخصم فى الإثبات ليس مطلقاً ، بل ترد عليه بعض القيود :

(أ) مبدأ حضورية الأدلة (المجابهة بالدليل) :

١٨ – مهما كان حق الخصم فى الإثبات وفى تقديم ما يشاء من أدلة لتأييد دعواه ، فإن أى دليل يقدم فى الدعوى يتعين أن يعرض على خصمه حتى يتمكن من مناقشته وتغييره والرد عليه .

فالدليل الذى لا يعرض على الخصم لا تستطيع المحكمة أن تأخذ به « فلا يجوز للقاضى أن يبنى حكمه على ما يستخلصه من أوراق أو إجراءات إثبات قدمت فى قضية أخرى ولو كانت منظورة بين الخصوم أنفسهم ، إلا أن تضم إلى قضية النزاع وتقع تحت بصر الخصوم بين عناصر الإثبات التى يمتد إليها دفاعهم » . هذا المبدأ الذى يعرف أيضاً بمبدأ المجابهة بالدليل دفع المشرع

إلى تقرير حق الخصم فى طلب تأجيل نظر الدعوى للاطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها ، بل أوجب المشرع على المحكمة فى حالة قبولها لمستند مقدم من أحد الخصوم فى الجلسة ، أن تؤجل نظرها لحين اطلاع الخصم الآخر عليه (مادة ٩٧ مرافعات) .

– فإذا كانت المحكمة ملزمة بعرض الدليل على الخصم لمناقشته ، فإن دورها ينتهى عند هذا الحد ولا تكون ملزمة بتكليفه بتقديم الدليل على دفاعه أو لفت نظره إلى مقتضيات هذا الدفاع .

(ب) الإلتزام فى الإثبات بالوسائل والإجراءات التى حددها القانون :

١٩ – على الخصم – مدعٍ أم مدعٍ عليه – عند قيامه بإثبات ما يدعيه ، أن يلتزم بوسائل الإثبات التى حددها المشرع . فلا يجوز أن يلجأ إلى الإثبات بالشهادة فى حالات لا يجيز فيها القانون الإثبات إلا بالكتابة . وعليه أن يتقدم بما عنده من الأدلة لإثبات دعواه وفقًا للقواعد والإجراءات التى تطلبها القانون . فالتقيد بهذه الإجراءات يعد تكمله لمبدأ المجابهة بالدليل . فهناك « ارتباط وثيق بين إدعاء الخصم وأدلة الإثبات التى يقام عليها والتى تحدد جوهر هذا الادعاء » .

فعلى الرغم من أخذ المشرع المصرى بمذهب الإثبات المختلط الذى يترك مساحة يتحرك فيها الخصم من أجل إثبات دعواه إلا أنه يلزمه عند تقديم الدليل الذى يرى أنه يعضض موقفه ، باتباع الإجراءات التى رسمها لتقديمه وطرحه أمام القاضى .

(جـ) الإلتزام بإقامة الدليل على الوقائع الصالحة للإثبات :

٢٠ – لا يجوز للخصم أن يطلب من القاضى إثبات واقعة لم تتوافر لها الشروط التى تطلبها المشرع فى الواقعة محل الإثبات من حيث ضرورة كونها جائزة القبول ومتعلقة بالدعوى ومنتجة فيها (مادة ٢ إثبات) .

فالمحل الأساسى للإثبات هو الواقعة التى يرتب عليها القانون أثراً معيناً وهى تسمى بالواقعة القانونية . فإثبات الحق أو الإلتزام ينصب أساساً على الواقعة المنشئة للحق والتى تعتبر مصدراً له وليس على الحق ذاته . فالبائع الذى يدعى بحق له فى ثمن المبيع فى ذمة المشترى ، عليه إثبات الواقعة مصدر حقه والمتمثلة فى عقد البيع . وتعتبر الواقعة القانونية هنا تصرفاً قانونياً . ويمكن أن تكون مجرد واقعة مادية يرتب عليها القانون أثراً محدداً مثل الفعل الضار التى يرتب عليه المشرع – فى حالة ثبوته – التزام المدين بدفع تعويض لمن أصابه ضرر .

ويخضع تقدير ما إذا كانت الواقعة المراد إثباتها تتوافر فيها الشروط القانونية من عدمه لقاضى الموضوع . لذلك قضى بأن تقدير ما إذا كانت الوقائع المطلوب إثباتها بالبينة منتجة فى الدعوى أم لا من سلطة محكمة الموضوع .

(د) حرية القاضى فى تقدير الدليل :

٢١ – يتمتع القاضى بسلطة كاملة فى تقدير كل دليل أو مستند يقدمه إليه الخصوم وذلك وفق ما يطمئن إليه ضميره ، وما يرتاح إليه وجدانه وشعوره .وهو فى تقديره للدليل لا يخضع لرقابة محكمة النقض . فقد قضى بأنه لا يجوز النعى على تقدير المحكمة لأخذها بشهادة شاهد اطمأنت إليه . فهى ليست ملزمة بتسبيب قرارها بالاطمئنان أو عدم الاطمئنان لشهادة شخص معين ، أما إذا أوردت أسباباً لذلك ، فيتعين أن تكون أسباباً سائغة . فمحكمة الموضوع تقدر كل دليل أو مستند أو واقعة وتوازن بين الأدلة دون رقابة من محكمة النقض . فهى تستقل فى الأخذ بالدليل أو إطراحه ما لم تكن له حجية معينة حددها القانون . فإذا حمل تقدير القاضى للدليل معنى التعسف ،ولم يستند إلى منطق معقول تقبله محكمة النقض ، خضع لرقابتها .

– ويترتب على حرية القاضى فى تقدير الدليل ، أنه يستطيع استعمال أدلة الإثبات المقدمة من الخصوم ، فيستخلص منها ما يؤدى إلى تكوين إقتناعه دون أن يتقيد بما ذهب إليه الخصوم عند تقديمها . كما لا يتقيد القاضى عند الحكم فى موضوع النزاع بما اسفر عنه إجراء الإثبات الذى أمر به ، فيجوز له ألا يأخذ بنتيجة الإجراء شريطة أن يبين أسباب ذلك فى حكمه (مادة ٩ إثبات) .

فالقاضى له مطلق الحرية فى تكوين عقيدته سواء من نتائج إجراءات الإثبات التى أمر بها أو من غيرها من القرائن والمستندات المقدمة فى الدعوى .

المطلب الثانى

صدور الدليل من الشخص الذى يتمسك به فى مواجهته

١ – القاعدة :

٢٢ – إذا كان للخصم الحق فى إقامة الدليل على دعواه ، فالأصل أن يكون هذا الدليل صادراً من خصمه نفسه حتى يمكن الاحتجاج به عليه . فإذا كان دليلاً كتابياً ، تعين أن يكون بخط الخصم أو يحمل توقيعه حتى يمكن التمسك به فى مواجهته ، فالشخص لا يملك أن يتخذ من عمل نفسه

لنفسه دليلاً يحتج به على الغير . فالحديث الشريف يقول « ولو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى » . فلا قيمة لما يصنعه الشخص بنفسه من وسائل يدعى أنها أدلة ثم يحتج بها على خصمه . وفى هذا يقول الفقيه الفرنسى جوسران أن :

"Nul ne pouvant se créer un titre à soi - même par as seule Volonté"

فاجازه ذلك تعنى ضرورة الاستجابة لكل من يدعى حقاً دعمه بدليل اصطفه لنفسه بنفسه . وقد ساوت محكمة النقض المصرية من حيث المنع بين أن يكون الدليل مصطنعاً بمعرفة شخص طبيعى أم شخص معنوى . فأقوال الشخص أو أفعاله التى يدعيها وتكون صادرة منه لا تصلح دليلاً على خصمه . وتطبيقاً لذلك قضت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٢ من القانون المدنى بأنه « ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده ، فلا يستطيع أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ، ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة» . ويرى البعض أن هذه القاعدة هى تطبيق لمبدأ عام يذهب إلى أن « الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه » ، ومن استعجل الحصول على شيء قبل أن يحل أدائه حرم منه ، مثل الوارث الذى يقتل مورثه فيحرم من الأرث ، والمستفيد الذى يتسبب فى وفاة الشخص المؤمن على حياته لا يستفيد من التأمين .

٢ - الاستثناء :

٢٣ - أوردت التشريعات على هذه القاعدة بعض الاستثناءات المحددة التى تتطلبها اعتبارات خاصة ومبررات معينة قدرها المشرع ، وأجاز فيها للشخص أن يتمسك بدليل اصطنعه لنفسه . من هذه الاستثناءات :

١ - كانت المادة ١٧ من التقنين التجارى المصرى السابق تنص على أنه « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » .

وفقاً لهذا النص كان يمكن لدفاتر التاجر أن تكون حجة له على تاجر آخر . وعله ذلك أن العملية الواحدة التى تتم بين التجار تكون مثبتة فى دفترى المدعى والمدعى عليه مما يسهل من إمكانية المقارنة بينهما للتحقق من صحة البيانات .

ويجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء نفسها أو تأمر بالاطلاع على دفاتر التاجر فى مواد الأموال المشاعة وفى مواد التركات وقسمة الشركات وحالة الأفلاس . (المواد م ١٦ : ١٨ من قانون التجارة السابق) .

وقد جاءت المادة ٢٨ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والذى بدأ العمل به اعتباراً من ١٩٩٩/١٠/١ متضمنة أنه :

(١) يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها . وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك .

(٢) لا يجوز للمحكمة أن تأمر التاجر باطلاع خصمه على دفاتره إلا فى المنازعات المتعلقة بالتركات ومواد الأموال المشاعة والشركات .

(٣) تسلم الدفاتر فى حالة الأفلاس أو الصلح الواقى منه للمحكمة أو لأمين التفليسة أو لمراقب الصلح .

(٤) إذا امتنع التاجر دون عذر مقبول عن تقديم دفاتره للإطلاع عليها ، جاز للمحكمة اعتبار ذلك قرينة على صحة الوقائع المطلوب إثباتها من الدفتر » .

وقد تضمنت المادة ٢٩ من ذات القانون الجزاء المترتب على مخالفة الأحكام المنصوص عليها فى المادة السابقة أو القرارات التى تصدر تنفيذاً لها ، بغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه » .

ويلاحظ أن المادة ١/٢٦ من ذات القانون ألزمت التاجر وورثته بالاحتفاظ بالدفاتر التجارية والوثائق المؤيدة للقيود الواردة بها مدة خمس سنوات من تاريخ التأشير على الدفتر بانتهائه أو قفله .

وتضمنت الفقرة الثامنة من ذات المادة حكماً خاصاً بالصور المصغرة (الميكروفيلم) ، فأجازت للتاجر أو ورثته الاحتفاظ بها بدلاً من الأصل مدة خمس سنوات على أن يكون لها حجية الأصل فى الإثبات إذا ما روعى فى اعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد والضوابط التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

وقد تعرضت المادة ٧٠ من قانون التجارة الجديد لحجية الدفاتر فى المنازعات التى تنشأ بين التجار ، فنصت على جواز قبول الدفاتر التجارية للإثبات فى الدعاوى المقامة من التجار أو المقامة عليهم متى كانت متعلقة بأعمالهم التجارية وفقاً للقواعد الآتية :

(١) تكون البيانات الواردة بالدفتر حجة على صاحبها ، ومع ذلك لا يجوز لمن يريد أن يستخلص من هذه الدفاتر المطابقة لأحكام القانون دليلاً لنفسه أن يجزىء ما ورد بها من بيانات .

(٢) تكون البيانات الواردة بالدفاتر المطابقة لأحكام القانون حجة لصاحب هذه الدفاتر على خصمه التاجر ، إلا إذ نقضها الخصم ببيانات واردة بدفاتره المطابقة لأحكام القانون أو أقام الدليل بأى طريق آخر على عدم صحتها .

(٣) إذا كانت دفاتر كل من الخصمين مطابقة لأحكام القانون ، اسفرت المطابقة بينها عن تناقض بياناتها ، وجب على المحكمة أن تطلب دليلاً آخراً .

(٤) إذا اختلفت البيانات الواردة بدفاتر الخصمين وكانت دفاتر أحدهما مطابقة لأحكام القانون ودفاتر التاجر الآخر غير مطابقة ، فالعبرة بما ورد فى الدفاتر المطابقة إلا إذا أقام الخصم الدليل على خلاف ما ورد بها . ويسرى هذا الحكم إذا قدم أحد الخصمين دفاتر مطابقة ولم يقدم الآخر أية دفاتر.

وتنص المادة العاشرة من القانون التجارى الفرنسى على أنه من المسموح به للتاجر تقديم الدفاتر التجارية كأدلة إثبات شريطة أن تكون منتظمة "à Condition qu'ils aient été régu- liérement tenus" .

٢ – وفى المنازعات المدنية وإن كانت دفاتر التجار لا تعد حجة على غير التجار إلا أن المادة ١/١٧ من قانون الإثبات المصرى تنص على أن البيانات المثبتة فى دفاتر التجار عما ورده التجار تصلح أساسًا يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة .

فالقاضى لكى يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه فى هذه الحالة ، يتعين أن يتعلق الأمر بعملية توريد من تاجر لشخص لا يتمتع بهذه الصفة وألا تتجاوز قيمة البضاعة نصاب الإثبات بالبينة (خمسمائة جنيه) .

٣ – يذهب الفقه المصرى إلى أن المادة ٢٤ إثبات تتضمن استثناءً أخراً على قاعدة عدم جواز اصطناع الخصم لنفسه دليل إثبات حيث تنص على أنه «إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة – فى المادة السابقة – اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر، جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه ، فهذه المادة تتضمن فرضين الأول ويتعلق بحاله امتناع الخصم عن تقديم ورقة ألزمته المحكمة بتقديمها فى ميعاد محدد حيث يترتب على ذلك

إعتبار صورتها المقدمة من خصمه صحيحة ومطابقة للأصل . ولا يعد ذلك استثناء على القاعدة محل البحث لأن المحرر المطلوب تقديمه يفترض أنه صادر من الخصم الذى امتنع عن تقديمه ، فهو ليس صادراً من خصمه الذى يتمسك به .

أما الفرض الثانى فيخص الحالة التى لم يقدم فيها الخصم صورة من المحرر الذى يطالب بإلزام خصمه بتقديمه ، ومع ذلك يجيز القانون الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكل المحرر وموضوعه إذا امتنع الطرف الآخر عن تقديمه . ويتوافر هنا الاستثناء على القاعدة لإجازة الأخذ بما يدعيه الخصم بخصوص شكل وموضوع المحرر المزعوم وجوده لدى الخصم الآخر .

– ويرى البعض أن المحرر قد يكون صادراً من الخصم فيستند إليه الخصم الآخر مما يعنى إقرار هذا الأخير بصحة ما جاء بالمحرر ، ومن ثم يجوز للخصم الأول أن يتمسك به على الرغم من أنه صادر منه هو .

٣ – تدخل الغير فى اصطناع المحرر :

٢٤ – الأصل أن تدخل شخص من الغير – لا علاقة له بأطراف النزاع – فى صنع المحرر يعتبر ضمانة على صحة الدليل الذى يحتويه هذا المحرر ، خاصة إذا كانت لهذا الغير الصفة الرسمية . فالأمر – كما يرى البعض – يتدرج تحت بند البينة التى يمكن اللجوء إليها لإثبات أى واقعة مادية . ويبدو ذلك فى حالات كثيرة يتم فيها اللجوء إلى أوراق محاسبة **informatisé** تحت يد الغير . ففى حالة وجود نزاع حول إقامة الدليل على سداد أو عدم سداد دين معين ، قد يتقدم الدائن بكشف حساب صادر من البنك يفيد عدم سداد المدين للدين . بل تستطيع المحكمة أن تلزم ذلك البنك بتقديم هذا الكشف بمقتضى ما تملكه من سلطة فى الزام الغير بتقديم محرر تحت يده (مادة ٢٦ وما قبلها من قانون الإثبات) . وقد يتقدم المدين أيضاً بكشف حساب صادر من البنك الذى يوجب به حسابه كدليل على السداد . والحقيقة أنه إذا كان من الممكن – من الناحية النظرية – التشكيك فى صحة هذا الكشف أو ذاك باعتباره صادراً من شخص من الغير تجمعه مصلحة بأحد أطراف النزاع **Lien de clientéle** ، إلا أن البعض يرى أن تظل للمحرر صحته وسلامته فى الإثبات وذلك لصدوره ممن يعتبر من الغير عن النزاع المطروح ، وإن كان تحديد قيمته كدليل إثبات مقدم فى الدعوى يخضع لتقدير القاضى .

– والغالب أن الشخص المكلف بعبء الإثبات هو الذى يتعامل مع نظم المعلومات من أجل إقامة الدليل على ما يدعيه ، كما فى حالة البنك الذى يسعى لتقديم الدليل على العمليات التى تمت مع عميله ، خاصة تلك المتعلقة بالسحب الآلى من جانب العميل أو حالة أحد المرافق العامة (كهرباء – مياه – اتصالات سلكية ولاسلكية) الذى يعد كشفاً بالخدمات التى قدمها للمستهلك وذلك عن طريق أجهزة الحاسب الآلى التى يستخدمها .

– ويلاحظ أن عمومية استخدام نظم المعلومات يجعل من الصعوبة بمكان إمكانية المساس ببرامج الحاسب الآلى المشتملة عليها وبالتالى صعوبة التلاعب فيها . فبمجرد كتابة البرنامج ، فإنه يتعامل مع جميع الحالات المعروضة والمتشابهة بنفس الأسلوب . إلا أنه من الخطر تقرير استقلالية الحاسب الآلى عن شخصية مستخدمه . فمستخرج الحاسب يتعين أن يُعد وكأنه صادر ممن يستخدمه حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يستخلص منه دليل إثبات .

فقد قضت محكمة استئناف ست الفرنسية – بخصوص سحب تم من خلال موزع أوتوماتيكى للأوراق المالية – أن البنك المدعى لا يستطيع – لإثبات السحب – أن يستند إلى توقيع اليكترونى صادر ليس ممن يحتج عليه البنك بالتوقيع ولكن من جهاز يمتلكه البنك المدعى وله الحرية الكاملة فى استخدامه . وقد اقترح البعض – حلاً لهذه المشكلة • تدخل شخص من الغير مستقل عن الأطراف ومكلف بالتحقق من صحة العمليات التى تتم عن طريق الحاسب الآلى بما فى ذلك برامج الحاسب **(Logiciel)** ويسمى بمفتش نظم المعلوماتية **(Commaissaire à L'informatique)** مما يكفل الضمان لمثل هذه العمليات .

الفصل الثانى
مدى قبول مستخرجات التقنيات الحديثة
فى الإثبات أمام المحاكم المدنية

٢٥ – بعد استعراضنا للمخاطر التى يمكن أن تعترض إمكانية الاعتراف بقيمة إثباتية للأدلة المستقاة من استخدام بعض الوسائل العلمية الحديثة فى نقل المعلومات أو الاتصالات عن بعد ، فإنه لا يجب أن يعترينا الاحساس بضرورة استبعادها من عملية الإثبات لعدم دقتها أو لمخالفتها للحقيقة المراد إثباتها ، بل على العكس يجب العمل على مواجهة الأخطاء التى يمكن أن تقع أو حالات الغش التى قد تحدث عند إقامة الدليل المستنبط منها بإيجاد وسائل لمنعها أو كشفها أو إصلاحها . فالحقيقة التى لا يمكن إنكارها أننا لا نستطيع أن ننكر التطور العلمى الكبير الذى لحق وسائل الاتصال ونغمض أعيننا عن الأخذ به والاستفادة منه . لذلك فقد اتجهت العديد من التشريعات المختلفة إلى العدول عن المبادىء التقليدية للإثبات إلى مبادىء أكثر تطوراً تسمح بقبول مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة فى عملية الإثبات كوسائل جديدة له .

لذلك سوف نعرض للتشريع الفرنسى وكيفية مواجهته لتلك المشكلة وذلك فى **مبحث أول** ثم نتناول موقف المشرع المصرى من استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة فى الإثبات فى **مبحث ثان** .

المبحث الأول
موقف المشرع الفرنسى

٢٦ – اتجهت بعض النصوص الخاصة – فى مجال المحاسبات (Comptabilite) – إلى الاعتراف بقيمة الدعامات الصادرة عن تقنيات علمية حديثة تتضمن معلومات دقيقة – فبعد أن أصبحت الدفاتر التجارية التقليدية « **livres de commerce** » عائقاً أمام حفظ المعلومات والبيانات، الغى القانون المحاسبى الجديد رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٨٣ الصادر فى ١٩٨٣/٤/٣٠ ولائحته التنفيذية برقم ١٠٢٠ لسنة ١٩٨٣ الصادرة فى ١٩٨٣/١١/٢٩ – والذى جاء معدلاً للمواد من ٨ : ١٧ من القانون التجارى االفرنسى – فكرة الدفاتر التجارية وجاء بما اسماه بالتسجيلات المحاسبية « **Enregistrement Comptable** » وقرر صلاحية دعامات المعلومات الدقيقة « **Tous supports de l'information fiables** » للإثبات . لذلك فأن العمل يجرى على الاستناد إلى القوائم «**Listings**» أو على المصغرات الفيليمية «**Microfilms**» . أما بالنسبة للمستندات المؤيدة

للمحاسبات، فهى تخضع للقواعد العامة فى القانون المدنى التى تتطلب - كما سنرى - حفظ المعلومات والبيانات ، إما فى شكل أصول وإما فى شكل صور دائمة ومطابقة للأصول . fidele et، durable،.

٢٧ - أما فى نطاق قانون الضرائب ، فلا توجد قواعد معينة تحكم تقديم ومسك الدفاتر المحاسبية ، وإن كان من المتعين ألا تخالف قواعد القانون المحاسبى حتى لا تتعرض لرفض الجهات القضائية . وعن المستندات المؤيدة للموقف الضريبى ، فيمكن حفظها فى أى شكل ولو كان اليكترونيًا أو ممغنطاً ، طالما كانت المستندات صادرة من المنشأة . أما المستندات المقبولة منها ، فيجب أن تكون فى شكل أصول .

٢٨ - وقد أجازت اللوائح الاجتماعية «réglements sociaux» استخدام الميكروفيلم لحفظ المعلومات المتعلقة بكشوف القبض - الخاصة بالإعانات الاجتماعية - بقصد تسهيل مراجعتها بمعرفة الجهات الرقابية .

بجانب هذه النصوص الخاصة ، فقد وضع المشرع الفرنسى بعض القواعد العامة فى القانون المدنى التى يمكن أن تكون أساساً لقبول المستخرجات الصادرة عن تقنيات علمية حديثة .

٢٩ - جاء تعديل ١٢ يوليو ١٩٨٠ ليؤكد قاعدة الإثبات بالكتابة ولم يأخذ - كما هو الحال فى غالبية الدول الأوربية - بقاعدة حرية القاضى فى تقدير أدلة الإثبات (la régle de la libre ap-préciation des preuves par le juge) . فالتعديل لم يتناول إلا مادتين هما المادة ١٣٤١ و ١٣٤٨ من القانون المدنى ويتعلقان باستثنائين على مبدأ ضرورة الإثبات بالدليل الكتابى :

١ - عدم تجاوز قيمة النزاع لمبلغ معين :

٣٠ - اشترطت المادة ١٣٤١ مدنى - بعد تعديلها - ضرورة وجود دليل كتابى (محرر رسمى أو محرر عرفى) لإثبات أى تصرف قانونى تزيد قيمته عن مبلغ معين يتم تحديده بمعرفة ديكريتو يصدر فيما بعد . وقد صدر هذا الديكريتو فى ١٥ يوليو ١٩٨٠ برقم ٥٣٣/ ٨٠ وحدد هذا المبلغ بـ ٥٠٠٠ فرنك فرنسى . فإذا كانت قيمة المبلغ أقل من ٥٠٠٠ فرنك ، ولم يوجد دليل كتابى ، أمكن الإثبات بكافة طرق الإثبات مثل الشهادة أو القرائن . ويفهم من هذا التعديل ، إمكانية التدخل - مستقبلاً - لزيادة هذا المبلغ بحسب التضخم وانخفاض قيمة الفرنك الفرنسى . وقد انتهى البعض إلى أن اللجوء إلى مستخرجات التقنيات الحديثة جائز لإثبات التصرفات القانونية التى تقل قيمتها عن ٥٠٠٠ فرنك فرنسى ومن أمثلة ذلك العمليات التى تتم عن طريق مكاتب السحب الآلى للبنوك

(des guichets automatiques de banques) أو مــراكــز البــيع (terminaux points de Vente) أو بنوك المعلومات (banques de données) فيمكن أن يتم اثباتها ، طالما كانت قيمتها تقل عن ٥٠٠٠ دولاراً – عن طريق المستخرجات المستمدة من الدعامات الحديثة التى يتم تخزين بيانات هذه العمليات عليها (حاسب آلى – ميكروفيلم) .

وبالنسبة للتصرفات التى تتجاوز قيمتها ٥٠٠٠ فرنك ، فأن الأصل هو إثباتها بالدليل الكتابى إلا أن القضاء استقر على أن نص المادة ١٣٤١ مدنى – حتى بعد تعديلها – لا يتعلق بالنظام العام . فالأطراف يستطيعون التنازل عن التمسك به ، صراحة أو ضمناً . وبطبيعة الحال هذا النص لا ينطبق بالنسبة للتصرفات والأعمال التى توصف بإنها تجارية ، لأن الإثبات يتصف بأنه مطلق وحر فى مجال القانون التجارى .

٢ – استحالة الحصول على دليل كتابى :

٣١ – لم تتضمن صياغة المادة ١٣٤٨ مدنى قبل تعديلها بالقانون رقم ٥٢٥/ ٨٠ الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٨٠ النص صراحة على حالات الاستحالة المادية أو المعنوية من الحصول على دليل كتابى، بل اقتصرت على ذكر بعض حالات الاستحالة المادية المستثناه من تقديم دليل كتابى مثل حالات إيداعات الضرورة اتلى تنشأ من الحريق (incendie) أو الهدم (Ruine)أو حوادث الشغب (tumulte) أو الغرق (naufrage) أو حالات الالتزامات الناشئة عن شبه العقد (quasi - contrats) والجنح (délits) أوشبه الجنح (quasi-délits) أو حالات الالتزامات التعاقدية الناشئة عن حوادث غير متوقعة يصعب معها الحصول على دليل كتابى .

كما اقتصرت على ذكر حالة للاستحالة المعنوية متعلقة بإيداعات النزلاء فى الفنادق "dépôts faits par les voyageurs en logeant dans une hotellerie" حيث رأى المشرع أن الثقة المتبادلة بين الطرفين (النزيل وصاحب الفندق) تحول دون توقيع صاحب الفندق على إيصال استلام لنزيله . وقد كانت هذه الحالة أساساً لاعتناق القضاء لفكرة الاستحالة المعنوية فى حالات أخرى مثل حالة تسليم الابن لأمه مبلغ من المال حصله لصالحها أو حالة الطبيب فى مواجهة مريض أو صاحب عمل فى مواجهة العامل لديه . لذلك جاء قانون ١٢ يوليو ١٩٨٠ معدلاً للمادة ١٣٤٨ مدنى ومتضمناً النص صراحة على استثناء حالات الاستحالة المادية (l'impossibilité materielle) أو الاستحالة المعنوية (l'impossibilité morale) وإذا كانت حالات الاستحالة المادية

لا تثير ثمة صعوبة فأن حالات الاستحالة المعنوية تخضع من حيث تقديرها لسلطة القاضى. لذلك قضى بأن وجود عادة أو تقليد معين (un usage) لا يعفى فى حد ذاته من تقديم دليل كتابى لإثبات الالتزام الذى يتمسك بتنفيذه إلا إذا اثبت أن هذه العادة وضعت الطرف فى استحالة الحصول على دليل كتابى فالعلاقات الخاصة (liens particuliers) أو شبه الأسرية (quasi-familiaux) المبنية على التقدير والمودة والموجودة بين الطرفين يمكن أن تضع المدين منهما فى استحالة معنوية من الحصول على دليل كتابى لسداد الدين الملزم بسداده . ووفقًا لاتجاه يؤيده الفقه الفرنسى ، فإن استخدام نظم المعلوماتية أو شبكات المعلوماتية عن بعد ، على الأقل عند استخدامها بمعرفة الجمهور (grand-public) – هو تطبيق للاستثناء المنصوص عليه فى المادة ١٣٤٨ مدنى المعدلة . فوجود مانع يحول دون حصول الشخص على دليل كتابى مسبق – كما فى حالة التعاقد عن طريق الهاتف أو الحاسبات الآلية – يسمح له بإثبات حقيقة الإلتزام بكافة طرق الإثبات .

٣ – حجية الصورة التى تعد نسخًا مطابقًا ودائمًا للأصل :

٣٢ – أضافت الفقرة الثانية من المادة ١٣٤٨ مدنى فى صياغتها الجديدة المعدلة بالقانون رقم ٨٠/٥٢٥ الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٨٠ استثناءً جديداً من مبدأ ضرورة تقديم أصل الدليل الكتابى ، فأضفت على الصورة التى تعد نسخًا مطابقًا ودائمًا للأصل – الذى لم يحتفظ به أحد الأطراف أو المودع لديه – قوة اثباتية (force probante) . فقد تطلب المشرع الجديد فى الصورة المقدمة – دون أن يكون أصلها محتفظاً به شرطين أساسيين هما :

١ – المطابقة .   ٢ – الدوام .

أولاً : المطابقة (la fidelité) :

٣٣ – يقصد بهذا الشرط تطابق الصورة مع الأصل سواء فى الشكل أو فى المضمون وبحيث تحمل الصورة كل آثار التغيير – إن وجد – سواء الذى طرأ على الأصل قبل نسخ الصورة أو الذى طرأ على الصورة ذاتها بعد النسخ . هذا التعريف الذى قال به بعض الفقه لا ينفى صعوبة تحديد المقصود بالتطابق خاصة فى غيبة الأصل ، إضافة إلي أن المشرع لم يضع تعريفًا لمعني التطابق بين الأصل والصورة ، كما فعل بالنسبة للشرط الآخر المتعلق بالدوام . لذلك يقع على عاتق القاضى أن يتأكد من عدم وجود تغيير قد لحق بالوثيقة الأصلية أو بالصورة . وقد ذهب البعض إلى أن المطابقة تتوافر بين الأصل والصورة عندما يكون إحتمال وقوع الغش يساوى صفر .

"La fidelité sera obtenue lorsque la preuve de la fraude est équivalente à zero".

ثانياً : الدوام : (la durabilité) :

٣٤ – تضمن تعديل المادة ١٣٤٨ مدنى تعريفًا لشرط الدوام أو الثبات ، فنص فى الفقرة الثانية منها على أن "Est reputée durable toute reproduction indélébile de L'arigi-nale qui entraine une modification irreversible du support" يعتبر دائماً كل نسخ ثابت للأصل يؤدى إلى عدم إمكانية أى تعديل للدعامة (أو للتقنية) . ويقصد بذلك أن الصورة المستخرجة من الأصل يتعين أن تكون غير قابلة للمسح "inéffacable" بحيث لا يمكن إعادة استخدام الدعامة "Support" مرة أخرى لاستخراج صورة أخرى .

ومثال ذلك تحميض الصور الفوتوغرافية باستخدام ملح الفضة (sels d'argent) أو الطباعة بواسطة الأحبار (Jets d'encre) . ويرى البعض انطباق ذلك الشرط على الميكروفيلم والصور الضوئية مع استبعاد الإثبات بواسطة تقنيات المعلوماتية والفاكس وذاكرة الحاسب الآلى (des mé-moires d'ordinateur) . وذلك لإمكانية الاستخدام اللاحق لمستخرجات هذه التقنيات بصورة تساعد على التغيير فيها عند نسخها سواء كان ذلك التغيير ارادياً بقصد الغش أو غير ارادى بفعل الزمن . كذلك تستبعد الشرائط المغناطيسية لإمكانية محوها وإعادة كتابه شيء آخر بدلاً من المكتوب عليها أصلاً .

٣٥ – وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بإضفاء قيمة اثباتية للصور باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة (طبقًا لنص المادة ١٣٤٧ مدنى) إذا لم يتوافر لها شرطى المطابقة والثبات ، ولو لم يكن الأصل موجوداً بالفعل . وقد أيد البعض ذلك ، وذهب إلى أن التسجيلات التى يكون مصدرها وسائل تقنية حديثة (معلوماتية مثلاً) تشكل مبدأ ثبوت بالكتابة .

٣٦ – نلخص مما تقدم أن الصورة التى لم يحتفظ صاحبها أو المودع لديه بأصلها إذا ما استكملت شرطى المطابقة والدوام ، فإنها وإن كانت لا تساوى الأصل ، إلا أنها تكفى لتكوين عقيدة واقناع القاضى دون حاجة إلى دليل أخر . فالصورة المطابقة والثابتة للأصل ، وإن لم تصل إلى مرتبة الكتابة إلا أنها تتخطى فى القيمة مبدأ الثبوت بالكتابة ، لأنها تجعل وجود الحق المطالب به أقرب إلى التأكيد منه إلى الاحتمال . وطالما لا تعتبر مثل هذه الصورة بمثابة دليل كتابى ، فأنه

يمكن إثبات عكس ما تضمنته بكافة طرق الإثبات ، أى أنها لا تخضع لقاعدة ضرورة إثبات عكس الكتابة بالكتابة .

ويرى البعض أن هذه الصورة المطابقة والثابتة من الأصل لها حجية الشهادة أو القرائن وليس حجية الأصل .

وأياً كان تقديرنا لقيمة حجية الصورة ، فإن الأمر بيد القاضى له أن يطمئن إلى الدليل المستخلص من الصورة المستوفية للشرطين المذكورين ، وله أن يهدر كل قيمة لها .

المبحث الثانى

موقف المشرع المصرى من استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة فى الإثبات

٣٧ – لما كان موضوع استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة أصبح حقيقة من الصعب تجاهلها ، خاصة فى مجال العمل القانونى – أمام المحاكم على سبيل المثال – ونظراً لتزايد حالات اللجوء إليها لإثبات الحقوق والالتزامات فى المنازعات المطروحة أمام القضاء ، فقد كان من الضرورى بحث مدى إمكانية الاعتراف لها بحجية فى نطاق عملية الإثبات أمام المحاكم فى ضوء النصوص التشريعية الحالية لقانون الإثبات المصرى . فالقاعدة الأساسية فى القانون المصرى أيضاً هى تقديم الدليل الكتابى على ماعداه من الأدلة الأخرى . فالكتابة هى أهم طرق الإثبات قاطبة وهى تقديم الدليل الكتابى على ما عداه من الأدلة الأخرى . فالكتابة هى أهم طرق الإثبات قاطبة وهى الدليل الأصيل الذى يثير الطمأنينة لدى الأهداف عند إثبات التصرفات القانونية نظراً للضمانات العديدة التى يحققها . ومع ذلك ورغبة فى إفادة المجتمع من ثمار التكنولوچيا الحديثة دون أن يكون هناك مساس بمصالح المتقاضين ، فأن الأمر يقتضى دراسة النظام المعمول به حالياً فى مجال الإثبات فى المواد المدنية والتجارية لمعرفة مدى صحة المخاوف المتعلقة باستخدام طرق التقنية الحديثة ، وهل من الممكن أن تنال من نظامنا القانونى القائم أم من الممكن تعديله لإدخال بعض المرونة التى تسمح – دون إعاقة – باللجوء إلى مستخرجات هذه الطرق فى إثبات الحقوق والالتزامات محل الخلاف بين المتقاضين .

المطلب الأول

أهمية الكتابة وأنواعها وإمكانية الإثبات بدونها

١ - أهمية الكتابة كدليل إثبات :

٣٨ - بعد أن كانت شهادة الشهود تحتل فيما مضى مقام الصدارة بين أدلة الإثبات أصبحت الكتابة أول طرق الإثبات مكانة ومرتبة فى الوقت الحالى . فقد أدت مخاطر البيئة - سواء من حيث إمكانية أن تخون الذاكرة الشاهد خاصة بعد مضى مدة طويلة على الواقعة التى يشهد عليها أو من حيث احتمال أن يخالف الشاهد ضميره لضعف نفسيته أمام شهواته ، فتأتى شهادته مخالفة للحقيقة - إلى أن تنزل عن مكانتها وتتركها للكتابة التى تتميز باليقين نظراً لتحريرها فى وقت معاصر للواقعة المراد إثباتها ، ودون أن تكون هناك ثمة مصلحة من تغير الحقيقة تحقيقًا لمصلحة شخصية . يضاف إلى ذلك أنه عن طريق الكتابة يمكن تلافى المشاكل التى يمكن أن تنشأ عن النسيان أو وفاة الشهود بمرور الوقت على الواقعة محل الإثبات ، وقد تأكدت أهمية الكتابة بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ...» و لأهميتها المذكورة ، جعل المشرع الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية بالنسبة للتصرفات القانونية ، وبالطبع بالنسبة لكافة الوقائع الأخرى سواء كانت مادية أم قانونية . لذلك نصت المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدلة بالقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩ على أنه « فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك » . ويلاحظ أن المشرع أخرج المواد التجارية من ضرورة الإثبات بالكتابة نظراً لطبيعتها الخاصة على نحو ما سنراه .

٢ - ماهية الكتابة :

٣٩ - يقصد بالكتابة (Éerit) لغوياً مجموعة الرموز المرئية (visible) التى تعبر عن القول (langage) أو عن الفكر (pensée) . وهو ما يتطلب أن تأخذ شكلاً معيناً . فقد تفرغ على الورق أو على أى شيء أخر مثل الخشب أو الصلب . وقد يستخدم فى الكتابة القلم الرصاص أو الجاف أو المداد السائل أو الآلة الكاتبة أو الكهربائية أو الطباعات الأليكترونية وقد تكون بأية لغة . وفى مجال الإثبات ، فإن الكتابة غالبًا ما تكون على الورق ، وتسمى مثل هذه الأوراق بالمحررات (actes) . إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن تنصب الكتابة على دعامات أخرى مثل أجهزة الحاسب الآلى

(الكمبيوتر) أو الميكروفيلم ، ويطلق على الدعامة فى هذه الحالة أيضًا لفظ المحرر . لذلك يمكن القول بوجود محررات ورقية محررات تقنية حديثة (اليكترونية على سبيل المثال) . ويشترط فى المحرر لكى يعتد به فى الإثبات أن ترد الكتابة الثابتة فيه على الواقعة التى أعد المحرر لكى يكون دليلاً عليها . ويمكن تعريف المحرر بناء على ذلك بأنه الورقة التى تصدر عن فرد له صفة الموظف العام أم لا وتتضمن كتابة تثبت واقعة قانونية تنشىء حقًا لمصلحة من يتمسك بهذا المحرر .

والمحرر بهذا التعريف يختلف عن التصرف القانونى الذى يشهد عليه . فهو يعد وسيلة إثبات التصرف القانونى . أى الورقة المثبت فيها ، ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف . والدليل على ذلك استقلال كل منهما عن الأخر ، فبطلان المحرر لا يؤثر على صحة التصرف الذى يمكن إثباته بأية وسيلة أخرى ، كما أن صحة المحرر لا تزيل عن التصرف البطلان الذى شابه .

٣ – القالب الذى تصب فيه الكتابة وأنواعه :

٤٠ – ذكرنا أن الكتابة يتعين أن تأخذ شكلاً معيناً يطلق عليه عادة لفظ محرر سواء افرغت على الورق أو على شيء آخر . والمحررات أياً كان شكلها تنقسم فى مجال الإثبات إلى نوعين أساسيين ، أحدهما يسمى بالمحررات الرسمية والأخر يسمى بالمحررات العرفية .

(أ) المحررات الرسمية :

٤١ – المحرر الرسمى ما عرفته المادة ١٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ هو « المحرر الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية ، وفى حدود اختصاصاته » . وقد قرر المشرع لكل نوع من المحررات الرسمية أوضاعًا يجب مراعاتها عند تحريرها أى كتابتها بمعرفة الموظف العام . فعلى سبيل المثال يتعين أن تكون الكتابة باللغة العربية وبخط مقروء مشتملة على كل البيانات الضرورية المتعلقة بأصحاب الشأن وتاريخ التوثيق وشخص الموثق وتوقيع الأطراف ، ومخالفة هذه الأوضاع يترتب عليه عدم تمتع المحرر بالصفة الرسمية ، وبطلان التصرف القانونى الذى يحتويه المحرر .

(ب) – المحررات العرفية :

٤٢ – تعد الكتابة التى تصدر من شخص لا يعد موظفًا عامًا – ويقوم بتوقيعها – محرراً عرفياً . فقد تطلب المشرع توافر شرطين لاعتبار المحرر عرفياً :

الكتابة :

٤٣ – لا يتطلب فى الكتابة كشرط خاص فى المحرر العرفى أى شرط ، فأى كتابة تدل على الواقعة المراد إثباتها بالمحرر – تصلح بعد توقيعها – لأن تكون دليلاً على من وقعها . فالكتابة فى المحرر العرفى تعد عنصراً هاماً لا يتطلب المشرع فيها أن تكون فى شكل معين أو بطريقة معينة . فيجوز أن تكون بأية لغة عربية أو أجنبية ، بخط من وقعها أو بخط شخص أجنبى أو مكتوبة على الآلة الكاتبة أو مطبوعة أو مصورة بالحبر أو بالرصاص أو بأى مادة أخرى ، بالحروف أو بالأرقام أو بالرموز أو بالاختزال طالما كان لها مفتاح خاص يمكن الرجوع إليه بموافقة الأطراف .

هذه الكتابة تتضمن بيانات لم يحددها المشرع تحديداً دقيقاً وإن كان يحرص الاطراف على استكمالها مثل تاريخ تحرير الورقة أو كتابة المبالغ بالحروف والأرقام أو ذكر مكان الكتابة . وقد يستلزم المشرع شكل خاص أو بيانات معينة فى الورقة العرفية ، كما هو الحال بالنسبة للقانون التجارى الجديد الذى يتطلب شكل خاص وبيانات معينة منها التاريخ فى الأوراق التجارية (الكمبيالة (مادة ٣٧٩) والسند لأمر (مادة ٤٦٨) والشيك (مادة ٤٧٣)) . ومن البيانات التى تعد ضرورية برغم عدم اشتراط توافرها – توقيع الشهود . فالعرف جرى على أن يوقع الشهود على الورقة العرفية حيث يعد ذلك بياناً مفيداً فى حالة وفاة أحد الشهود . لاعتبار الوفاة تاريخاً ثانياً للورقة .

وذهب البعض إلى أن الكلمات المضافة أو التى تكتب أو تحشر بين السطور لا تعتبر باطلة ، وإن كانت تخضع قيمتها إلى تقدير القاضى . وقد نصت على ذلك المادة ٢٨ من قانون الإثبات فقضت بأن للمحكمة تقدير ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من إسقاط قيمته فى الإثبات أو انقاصها .

التوقيع :

٤٤ – يعتبر التوقيع صورة من صور الكتابة التى يتطلبها المشرع – بصفة أساسية – فى المحرر العرفى . فهو الذى يتضمن نسبة مضمون المحرر إلى من يحتج به عليه . وفى ذلك قضت محكمة النقض بأنه « لا يشترط لصحة الورقة العرفية واضفاء الحجية عليها إلا التوقيع ممن تنسب إليه بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الأصبع . والتوقيع يجب أن يكون شخصياً أى صادراً ممن يحتج عليه بالورقة العرفية . ولا يجدى فى هذا الخصوص أن يكون الموقع موكلاً فى التوقيع لعدم جواز التوكيل فى التوقيع . ويجب أن تشتمل كتابة التوقيع على اسم الموقع ولقبه كاملين ، ولا يكفى

مجرد التوقيع بعلامة مختصرة أو برمز لاسمه بالحروف الأولى . وإن كان يصح التوقيع باسم الشهرة أى الذى اشتهر به الشخص وإن كان لا يطابق اسمه الأصلى الثابت فى شهادة الميلاد . وكما يكون التوقيع بالإمضاء يمكن أن يكون بالختم أو ببصمة الأصبع ، وفى ذلك تنص المادة ١/١٤ من قانون الإثبات على أن « يعتبر المحرر العرفى صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو امضاء أوختم أو بصمة » . وقضت محكمة النقض بأن « للبصمة قوة الأمضاء فى نظر الشارع المصرى » . أياً ما كان الأمر يتعين أن يكون التوقيع دالاً على الموافقة على ما يتضمنه المحرر . لذلك يجب أن يكون أسفل الكتابة ، إلا أن بعض الشراح يرى أن المشرع لم يتطلب مكاناً معيناً للتوقيع ، فالتوقيع فى غير نهاية الورقة لا يعنى انتفاء الموافقة على مضمون المحرر . وفى جميع الأحوال ، للقاضى سلطة تقديرية واسعة فى هذه المسألة . ولا يلزم فى حالة تعدد صفحات المحرر أن يكون هناك توقيع له فى نهاية كل واحدة منها . وقد قضت محكمة النقض بجواز التوقيع على نسخ المحررباستعمال الكربون أسفل الأصل . فالنسخة الكربونية للمحرر الموقع عليه بتوقيع منسوب لشخص ما ، تكون لها حجية فى الإثبات قبله .

ولا يشترط أخيراً أن تكون الكتابة بخط من تنسب إليه الورقة ، فقد تكتب بخط غيره ومع ذلك تنسب إليه ، طالما كان له توقيع عليها لم ينكره . فالورقة العرفية لا قيمة لها فى الإثبات إذا كانت خالية من التوقيع لكن إذا كانت مكتوبة بخط يد من تنسب إليه ، فأنها تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

٤ – الإثبات بغير الدليل الكتابى :

٤٥ – إذا كان المشرع المصرى قد أخذ بالكتابة كطريق لإثبات التصرفات القانونية باعتبارها الوسيلة الأكثر أماناً واطمئناناً فى ظل المجتمع الذى نعيش فيه الآن ، والذى تغلب على المعاملات فيه الجوانب المادية بصورة أثرت على النفوس وأضعفت بالتالى الثقة فى شهادة الشهود ، إلا أنه أورد بعض الاستثناءات على هذه القاعدة يمكن بمقتضاها الإثبات بغير الكتابة أى باللجوء إلى طريق آخر من طرق الإثبات خاصة شهادة الشهود أو القرائن . فقد أجاز مشرع الإثبات بالبينة ، إذا ما اتفق الأطراف على ذلك أو إذا لم تتجاوز قيمة التصرف مبلغاً معيناً أو فى حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابى أو لفقده أوعند الغش نحو القانون أو التخلف أو الامتناع عن الاستجواب أو أخيراً لكون المادة محل الإثبات تجارية .

المطلب الثانى
قيمة مستخرجات التقنيات الحديثة ومدى حجيتها
فى الإثبات وفقاً للنظام المصرى

٤٦ – باستعراض القواعد التقليدية التى تحكم النظام المصرى فى الإثبات يتضح أن المشرع المصرى لا يقف حائلاً دون الاعتراف بقيمة وحجية لمستخرجات الوسائل الحديثة التقنية فى الإثبات . فإذا كان المشرع يعتبر الكتابة هى وسيلة الإثبات الرئيسية للتصرفات القانونية ولكافة الوقائع سواء كانت مادية أم قانونية ، فإن المستخرجات الحديثة – عادة ما تكون مكتوبة – أياً كان شكلها ، فقد تأخذ شكل مستخرجات حاسب آلى أو شكل مصغرات فيلمية أو صور فتوغرافية أو ميكروفيلمية .

كما قد تتصف بالرسمية أو بالعرفية بحسب صدورها من موظف عام أو من شخص آخر ليست لديه هذه الصفة . وتختلف – بناء على ذلك – حجيتها فى الإثبات بحسب ما إذا كانت أصلاً أم صورة لهذا الأصل ، وسوف نتناول فى هذا المطلب مدى إمكانية الاعتراف بحجية الدليل الكتابى الكامل لهذه المستخرجات الحديثة **(الفرع الأول)** أو اعتبارها ذات حجية ناقصة تصلح لبداية الإثبات بالكتابة **(الفرع الثانى)** ثم سلطة القاضى فى تقدير الدليل المستمد منها **(الفرع الثالث)** .

الفرع الأول
حالات الاعتراف بحجية الدليل الكتابى الكامل
لمستخرجات التقنيات الحديثة

٤٧ – لما كان العصر الذى نعيشه الآن يتميز بأنه عصر النهضة العلمية المتقدمة والتكنولوچيا المتطورة وانتشار وسائل وشبكات نقل المعلومات واستخدام الحاسبات الآلية ونظم الميكروفيلم فى الإدارات والمصالح الحكومية ، فليس هناك ما يمنع من أن تتصف بعض هذه المستخرجات بالصفة الرسمية نتيجة تدخل موظف عام فى تحريرها أو لكونها صورة رسمية أصلية . كما قد تكون هذه المستخرجات على الرغم من صفتها العرفية لها حجتها فى الإثبات نتيجة توقيع صاحبها عليها .

أولاً : حجية الدليل الكامل للمستخرج الرسمى للتقنيات الحديثة :

٤٨ – لجأت العديد من الجهات الحكومية إلى استخدام تقنيات حديثة لتسجيل البيانات والمعلومات التى يتقدم بها إليها ذو الشأن ، فعلى سبيل المثال تقوم حالياً وزارة المالية عن طريق

مركز معلوماتها المدعم بأجهزة الميكروفيلم بتسجيل دفاتر المواليد والوفيات وسجلات الأملاك الزراعية والعقارية والشهادات الجامعية والمتوسطة ، كذلك وزارة العدل تأخذ بنظام الميكروفيلم فى بعض محاكمها لتصوير المستندات والملفات والقضايا . فإذا توافر للمستخرج الصادر من هذه الأجهزة صفة الرسمية كانت له حجية المحرر الرسمى . أما إذا كان الأمر يتطلب الاحتفاظ بأصل المستخرج الحديث وعدم تسليم إلا صوراً رسمية منه أى صورة خطية أو فوتوغرافية أو اليكترونية مستخرجة من حاسب آلى أو صورة ميكروفيلمية يقوم الموظف بتوثيقها ومطابقتها للأصل المحفوظ لديه ، فان القواعد الخاصة بحجية صورة المحرر الرسمى تنطبق سواء فى حالة وجود أصل المستخرج التقنى أو حالة عدم وجوده . فهى تعتبر - فى حالة وجود الأصل - حجة بقدر مطابقتها للأصل ، وتعتبر مطابقة له طالما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين حيث يتعين فى هذه الحالة مراجعة الصورة على الأصل (مادة ١٢ إثبات) . فإذا لم يوجد الأصل ، فقد أعطى المشرع المصرى فى المادة ١٣ من قانون الإثبات للصورة الرسمية الأصلية - تنفيدية أو غير تنفيذية - حجية الأصل طالما كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . فإذا ثار الشك بخصوص هذا المظهر وفى مطابقته للأصل ، تعين على المحكمة أن تطرحها وألا تعطيها حجية الأصل ، وإن كان من الممكن إعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا ما توفرت شروطه .

٤٩ - وتجدر الإشارة إلى أن المادة ١٣٣٥/١ من القانون المدنى الفرنسى قد أضفت قوه المحرر الرسمى فى الإثبات - فى حالة عدم وجود الأصل - على الصورة التنفيذية أو الصورة الرسمية الأولي لأصل المستند الرسمى أو الصورة المأخوذة من الأصل بناء على أمر من القاضى وفى حضور الخصوم أو بناء على رضائهم المتبادل . بالمصفرات الفيلمية أو مستخرجات الحاسب الآلى المستخدم بالمحاكم والتي ينطبق عليها الوصف السابق تكون لها ذات حجية الأصل . وقد أعطت المادة ١٣ من قانون الإثبات المصرى للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية ذات حجية الأصل أيضًا ، أجازت لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التى أخذت منها . فإذا تطابقت مع االصورة الأصلية كانت لها ذات الحجية ، أما إذا تعذرت المطابقة لفقدان الصورة الأصلية - وبالطبع لفقدان الأصل - لا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس ، وإن كان البعض يرى إمكانية الاعتداد بها كمبدأ ثبوت بالكتابة .

ثانيًا : حجية الدليل الكامل للمستخرج العرفى للتقنيات الحديثة :

٥٠ - تعد مستخرجات التقنيات الحديثة التى يستخدمها الأفراد فى تعاملاتهم الأكثر شيوعاً وانتشاراً فى العمل . فالكثير من التعاقدات والصفقات تتم الآن من خلال وسائل وشبكات نقل

المعلومات والاتصالات المباشرة ، فإذا كانت مستخرجات هذه التقنيات الحديثة تحمل توقيع من هو منسوب إليه واعترف بها أو لم ينكرها ، وكانت غير معيبة وغير مزورة ، حازت حجية الدليل الكامل وفقًا للقواعد التى سبق دراستها . فإذا ثار نزاع حول حق أو التزام ، أمكن إثباته عن طريق اللجوء إلى أجهزة التلكس أو الفاكس أو إلى قنوات الانترنت وإلى المستخرجات الصادرة منها ، خاصة إذا كانت موقعة ممن أصدرها أو ثبت صحة توقيعه عليها إذا كان قد انكرها . كذلك إذا اتفق الأطراف على الأخذ بمستخرجات وسيلة تقنية حديثة فى إثبات تعاملاتهم – كالفاكس أو التلكس أو وسائل الاتصال عن بعد – قبلت هذه المستخرجات لها قوة الدليل الكتابى الكامل .

٥١ – ولا يفوتنا فى هذا المجال الإشارة إلى أن الاعتراف بحجية قانونية كاملة فى الإثبات للمستخرجات الرسمية أو المعرفية للتقنيات الحديثة مرتبط ارتباطاً كبيراً بالأمان الذى توفره وسيلة التقنية عند استخدامها وإلى الدقة الفنية التى تتميز بها عند تشغيلها . فهناك العديد من الأجهزة التى تجمع ما بين الدقة الفنية عند التشغيل والأمان التقنى عند الإثبات مثل جهاز التلكس الذى يربط ما بين المرسل والمرسل إليه عن طريق شبكة خاصة يتم مراقبتها من مركز رئيسى للاتصالات يقوم بتحديد هوية المتراسلين ويضمن سلامة عمل جهاز الاستقبال ويؤرخ للعمليات التى تتم من خلاله ، فضلاً عن أنه يحتفظ بما يثبت تمام هذه العمليات خلال سنة . وقد أدى ذلك إلى اعتراف القضاء الفرنسى بقوة إثباتية للتلكس ، وإلى انتشار عرف يقضى بأن التلكس يُعد دليلاً « le téléx vaut preuve » .

٥٢ – وقد اعترف القضاء المصرى للنسخة الكربونية بحجية الأصل ، فاعتبرها ليست مجرد صورة منقولة عن الأصل ، بل هى أصل فى ذاتها . ولم يعر التفاتًا لاحتمالات تزوير المستند الكربونى عن طريق دس ورقة الكربون بين المستندات التى يوقعها الشخص ، فينتقل توقيعه إلى ورقة أخرى موجودة فيها . وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للنسخة الكربونية ، فإن مستخرجات التقنيات الحديثة – إذا ما توافرت له كل الشروط التقنية الدقيقة والأمان التقنى – تتمتع بمنزلة أكبر فى الإثبات فى النسخة الكربونية تجعلها والأصل سواء .

وعادة ما يكون للمستخرجات العرفية للتقنيات الحديثة حجية الدليل الكتابى الكامل إذا ما كانت قيمة التصرف تقل عن خمسمائة جنيه وفقاً للقواعد التى سبق دراستها . وحتى ولو زادت قيمته عن خمسمائة جنيه ، واتفق الخصوم على أن تكون المستخرجات الحديثة مقبولة فى الإثبات فيما بينهم ، كان لما يقدمه الخصم من مستخرجات حاسب آلى أو فاكسات أو تلكسات أو مصغرات فيلمية حجية كاملة فى الإثبات .

وتعتبر صورة المحرر العرفى المسجلة والمحفوظة بمكتب الشهر العقارى ذات حجية كاملة فى الإثبات بحيث يمكن الرجوع إليها إذا نازع الخصم فى المطابقة بين الأصل والصورة .

الفرع الثانى

حالات الاعتراف بحجية ناقصة

لمستخرجات التقنيات الحديثة

٥٣ – لم يعد إعتبار المحرر رسمياً سبباً كافياً لإضفاء حجية كاملة عليه فى الإثبات ، بل هناك محررات لا يعترف لها إلا بحجية ناقصة يتعين استكمالها بدليل آخر . ويغلب على المحررات العرفية أن تقتصر على حجية ناقصة فى الإثبات ، خاصة إذا لم تكن موقعة مما تنسب إليه .

لذلك سوف نتناول الحجية الناقصة لمستخرجات التقنيات الحديثة سواء كانت رسمية أو عرفية .

أولاً : الحجية الناقصة فى الإثبات للمستخرجات الرسمية لوسائل التكنولوچيا الحديثة :

٥٤ – تثبت هذه الحجية للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية إذا طلب أحد الأطراف مراجعتها على هذه الأخيرة ، فإذا تبين عدم المطابقة أو عدم وجود الصورة الأصلية وتعذرت المطابقة ، أمكن الاعتداد بالصورة الرسمية الثانية كمبدأ ثبوت بالكتابة – إذا كانت صادرة ممن نسبت إليه وكان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها بالصورة الأصلية . وإن كان الرأى الغالب لا يعترف بهذه الصورة إلا على سبيل الاستئناس .

ثانياً : الحجية الناقصة للمستخرجات العرفية لوسائل التقنية الحديثة :

٥٥ – تتمتع المستخرجات العرفية للوسائل التكنولوچية الحديثة بحجية ناقصة إذا لم تكن موقعة ممن نسبت إليه ، بل كانت مكتوبة بخطه أو بخط نائبه حيث يكن اعتبارها فى هذه الحالة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن استكماله بالبينة أو القرائن . وتثور الصعوبة بالنسبة لمستخرج الحاسب الإليكترونى بجهاز الموزع الآلى للأوراق النقدية **le distributeur automatique des billets** ، حيث لا يتوافر بالنسبة له الشرط الثانى من شروط مبدأ الثبوت بالكتابة والمتعلق بضرورة صدور المحرر من المدعى عليه أى ممن يدعى فى مواجهته بصدور المحرر منه . فقد ذهب البعض إلى إعطائه قيمة وحجية مبدأ الثبوت بالكتابة استناداً لتوافر شروط هذا المبدأ ، خاصة الشرط

المتعلق بصدور المحرر من الخصم المدعى عليه ، لأن تدخل هذا الأخير فى إصدار المستخرج لا يمكن إهماله حيث يقوم بأعمال إيجابية – مثل إدخال الرقم السرى وتحديد المبلغ المطلوب سحبه ، تساهم فى اعتبار المستخرج صادراً منه – فضلاً عن صدوره من الطرف الآخر البنك بحيث يمكن الاحتجاج به ضدهما واعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن اكماله بالبينة أو القرائن . وتتمتع بنفس الحجية الناقصة الرسائل التى تتم بطريق (الانترنت) ، فيمكن التمسك بها على مرسلها باعتبارها صادرة منه وإن لم تكن تحمل توقيعه ، باعتبارها مبدأ ثبت بالكتابة يتعين تكملة بالبينة أو القرائن . كذلك إذا كان المحرر المنقول بطريق الفاكس يمكن نسبته إلى من صدر منه أو من نائبة وتحقق بالنسبة له شرط جعل التصرف محل الإثبات قريب الاحتمال ، توافر بصدده بداية الثبوت بالكتابة، ويتعين استكماله بأدلة أخرى .

الفرع الثالث

سلطة القاضى فى تقدير الدليل المستمد من التقنيات الحديثة

٥٦ – يلعب القاضى دوراً مهماً فى عملية الإثبات . فبعد أن كانت الخصومة حكراً على الخصوم يحركونها كما يشاءون ، أصبح للقاضى دوراً إيجابياً فى تسييرها ، ولم يعد دوره يقتصر على انتظار ما يقدمه الخصوم من أدلة ووسائل إثبات ، بل تخطى ذلك إلى مرحلة «حرص المشرع فيها على زيادة إيجابية القاضى وفعاليته ، بتزويده بمزيد من حرية الحركة فى هذه المرحلة الهامة – مرحلة الإثبات – من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً بمبارزة الخصوم وحدهم والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أ و هواة المطل» .

٥٧ – وتبدو مظاهر هذا الدور الإيجابى ، ومدى ما يتمتع به من حرية فى الإثبات ، فى أن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود وفى الأحوال التى يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود ، متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة (مادة ٧٠ إثبات) . وللقاضى توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين (مادة ١١٩ إثبات) ، وله أيضًا استجواب الخصوم (مادة ١١٠٥ إثبات) .

وإلى جانب هذه المظاهر العامة لايجابية دور القاضى فى عملية الإثبات ، فهناك مظاهر أخرى خاصة يبدو فيها بوضوح الدور الذى عهد به المشرع للقاضى من أجل تقدير قيمة الدليل المستمد من مستخرجات وسائل تكنولوچيا حديثة .

فإلى جانب السلطة التى يتمتع بها فى نطاق الإثبات فى المواد التجارية حيث يجوز له الاستعانة بالوسائل التكنولوجية الحديثة التى يستند إليها – مثل الفاكسات أو التلكسات أو الحاسب الإلكترونى – فى تكوين عقيدته عن طريق أخذه – من بينها – بالدليل الذى يقتنع به ، فقد جاءت المادة ١١٣ من قانون الإثبات وأجازت – فى حالة تخلف الخصم عن الحضور بغير عذر مقبول أو إذا امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانونى – للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك . فيعتبر تخلف الخصم فى هذه الحالة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة، كما يسمح للمحكمة أن تستشف ما يصح أن يستشف من هذا التخلف عن الحضور .

فإذا كان الخصم قد تمسك بمستخرج لحاسب آلى أو فاكس أو تلكس أو لمصفرات فيلمية ، ورأت المحكمة استجواب خصمه حول هذا المستخرج ، فامتنع عن الحضور أو حضر الاستجواب ورفض الرد على أسئلة المحكمة ، جاز لهذه الأخيرة الأخذ – بناء على سلطة تقديرية تتمتع بها – بهذا المستخرج فى تكوين عقيدتها .

٥٨ – كذلك للقاضى دور هام فى مجال تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة لكل كتابة صادرة من الخصم ومن شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال . فأى مستخرج حديث صادر عن الخصم ، إذا قدر القاضى أن من شأنه أن يشكل مبدأ ثبوت بالكتابة ، استكمله بالبينة أو القرائن للاستناد إليه فى عملية الإثبات . ولا يشترط أن يكون المحرر – كما ذكرنا – صادراً بصورة مادية من الخصم ، بل يمكن أن يكون الصدور معنوياً أى بأن يكون هو الذى أملى المحرر أو أقر ما به من بيانات دون أن يحمل المحرر توقيعه . كما لو كان مستخرجاً لحاسب آلى ذكر فيه – دون أو يوقعه – بيانات معينة ، يمكن أن تساهم فى إظهار الحقيقة . فيكفى على سبيل المثال أن يذكر فيه الدين الملزم بسداده ، دون تعين مقداره ، مما يجعل الأمر خاضعًا لتقدير القاضى ، الذى له أن يقدر أن الواقعة المطروحة عليه قريبة الاحتمال . والقاضى يستقل بتقديره مستنداً إلى فهمه للواقع دون رقابة عليه أو معقب من محكمة النقض طالما كان تقديره سائغاً .

٥٩ – فإذا توافرت الشروط السابقة ، جاز للقاضى أن يستكمل هذا الدليل عن طريق الاستعانة بما يجده فى الدعوى من قرائن .

إلا أن هذا الموقف الإيجابى للقاضى لا يحول دون التزامـه – عند مباشرة إجراءات الإثبات – بالقواعد التى يتضمنها قانون الإثبات والمتعلقة بطرق الإثبات والأحوال التى يتعين نفيها اللجـوء إلى كل طريق والإجـراءات الواجب مـراعـاتها عند إتبـاعـه لأى طريق وعند تقـديره لقـوة الـدليل المستخلص منه .

خاتمة

٦٠ – تناولنا فى هذا البحث إيضاح أهميـة التطور العلمى الذى لحق بوسـائل نقل المعلومـات ووسائل الاتصالات ، ومـا تثيره من تساؤلات قانونية تتعلق بالأثر المترتب على الأخذ بها والاعتماد عليها فى مجال الإثبات المدنى . فقد بدأنا حديثنا عن المخاطر التى يمكن أن تتعرض لها البيانات والمعلومـات المتبادلة عن طريق وسائل التكنولوچيا الحديثة بصورة قد تؤثر على مصدقيتها فى عملية الإثبات . فالخطأ سواء كان بشرياً أو فنياً أو طبيعياً يهدد سلامة وصحة البيانات والمعلومات التى تصدر عن التقنيات الحديثة مما يمس حجيتها عند اللجوء إليها كوسيلة إثبارت . إلا أن إخضاع أجهزة وسائل التكنولوچيا الحديثة للرقابة المستمرة يسمح بتلافى هذه النوعية من العيوب أوعلى الأقل التخفيف من آثارها ويلقى بعبء الإثبات على عاتق من يدعى وجود مثل هذه العيوب بصورة تمس صحة مستخرجات هذه الوسائل .

أما عن الغش فى مجال استخدام وسائل التقنية الحديثة ، فقد تم اللجوء إلى وسائل عديدة من أجل التقليل من آثار هذا الخطر حيث تمثل بعضها فى استخدام أجهزة حديثة يمكن عن طريقها كشف حالات الغش ، وتمثل البعض الأخر فى التدخل التشريعى لمكافحة ومواجهة حالات الغش والقرصنة أو التخريب . وقد ذكرنا أن القانونين الفرنسى والإنجليزى يعاقبان على محاولات السطو أو التخريب أو لإفساد النظم المعلوماتية .

٦١ – وقد تناول بحثنا هذا الصعوبة الناشئة عن الأخذ بالمطلق للمبدأ الذى يقضى بضرورة أن يكون الدليل صادراً من الخصم الذى يتمسك فى مواجهته بالدليل . وقد دفعت هذه الصعوبة المشرع إلى وضع بعض الاستثناءات ، أجاز فيها للشخص أن يتمسك بدليل اصطنعه لنفسه ، كحالتى مثال الدفاتر التجارية ، والمحررات التى يتدخل فى صنعها الغير .

٦٢ – وقد انتقلنا بعد ذلك لدراسة مدى قبول مستخرجات التقنيات الحديثة فى الإثبات أمام المحاكم المدنية فى التشريعات المقارنة ثم فى التشريع المصرى .

ففى التشريع الفرنسى ، فإلى جانب اعترافه بقيمة الدعامات الصادرة عن تقنيات علمية حديثة فى مجال المحاسبات والضرائب واللوائح الاجتماعية ، فقد وضع المشرع الفرنسى بعض القواعد العامة فى القانون المدنى ، كأساس لقبول المستخرجات الصادرة عن وسائل التكنولوچيا الحديثة فى عملية الإثبات .

فقام بتعديل نص المادتين ١٣٤١ ، ١٣٤٨ منه ، وأجاز إثبات حقيقة الإلتزام بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك مستخرجات وسائل المعلوماتية وشبكاتها عن بعد – إذا وجد مانع يحول دون حصول الشخص على دليل كتابى – كما فى حالة التعاقد عن طريق الهاتف أو الحاسبات الإلكترونية .

كما أجاز أيضاً الإثبات بصورة المحرر وأعطى لها حجية ، إذا كانت نسخاً مطابقاً ودائماً للأصل .

فإذا لم يتوافر لها شرطى المطابقة والثبات ، فإن القضاء الفرنسى أضفى عليها قوة إثباتية باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ولو لم يكن الأصل موجوداً بالفعل .

٦٣ – وقد برزت أهمية استخدام مستخرجات التقنيات الحديثة – فى مجال العمل القانونى – أمام المحاكم المصرية ، لذلك كان من الضرورى بحث مدى إمكانية الاعتراف لها بحجية فى نطاق عملية الإثبات أمام هذه المحاكم فى ضوء النصوص التشريعية الحالية لقانون الإثبات المصرى .

ومن خلال بحثنا ، تبين لنا أن الكتابة تحتل مقام الصدارة بين أدلة الإثبات ، إلا أن نصوص قانون الإثبات لا تحول دون الاعتراف لمستخرجات وسائل التكنولوجيا الحديثة بحجية تتفاوت قوتها ما بين الكمال والنقصان . فإذا كان المستخرج يتصف بالرسمية تمتع بالحجية لصدوره عن جهة رسمية ، وإذا كان صورة لمحرر رسمى ، فقد استعرضنا الحالات المتعددة لحجية صورة المحرر الرسمى سواء فى حالة وجود أصل المحرر أو فى حالة عدم وجوده . أما إذا اتصف المستخرج بالعرفية وكان صادراً ممن نسب إليه واعترف به أو لم ينكره ، حاز الحجية كاملة .

٦٤ – وقد يتمتع المستخرج التقنى بحجية ناقصة سواء كان رسميًا أم عرفيًا . فبالنسبة للمستخرج الرسمى ، إذا كان عبارة عن صورة رسمية مأخوذة من الصورة الرسمية الأصلية وبمطابقته بالأصل تبين عدم المطابقة أو تعذرت المطابقة لعدم وجود الأصل ، أمكن الاعتداد بالمستخرج كمبدأ ثبوت بالكتابة وإن كان هناك رأى لا يعترف به إلا على سبيل الاستثناس .

وقد ذكرنا أن المستخرج العرفى لوسائل التكنولوجيا الحديثة يتمتع بحجية ناقصة إذا كان مكتوباً بخط من نسب إليه أو بخط نائبه بحيث يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن استكماله بالبينة والقرائن .

ويتمتع القاضى استناداً لدوره الإيجابى فى عملية الإثبات بسلطة تقديرية فى تقدير قيمة الدليل المستمد من مستخرجات وسائل التقنية الحديثة . فقد تعرضنا لإستثناءات التى قررها المشرع

على قاعدة ضرورة الإثبات بالدليل الكتابى إذا ما زادت قيمة التصرف القانونى عن ٥٠٠ جنيه ، وأبرزنا دور القاضى فى تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة لكل كتابة صادرة من الخصم ومن شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال . فأى مستخرج أو دعامة حديثة صادرة عن الخصم ، تخضع لتقدير القاضى من حيث كونها تشكل مبدأ ثبوت بالكتابة ، مما يتطلب استكماله بالبينة أو القرائن .

٦٥ – خلاصة القول أن أغلب التشريعات المقارنة قد عمدت إلى تعديل قوانينها بما يسمح بقبول وسائل التكنولوچيا الحديثة فى عملية الإثبات ، وذلك بما يتلاءم مع إنتشار وسائل المعلوماتية والاتصال عن بعد .

وقد ظهرت بوادر هذا التطور فى قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ حيث نص فى المادة ٢٦ منه على قبول مصغرات الميكروفيلم – المحفوظ عليها صور المراسلات والبرقيات وغيرها – فى الإثبات بدلاً من الأصل لمدة خمس سنوات من تاريخ إرسالها أو تسلمها ، على أن يكون لها حجية الأصل إذا روعى فى إعدادها وحفظها واسترجاعها القواعد والضوابط التى يصدر بها قرار من وزير العدل .

كما نصت المادة ٥٨ منه على أن يكون إعذار المدين أو إخطاره فى المواد التجارية بإنذار رسمى أو بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، وفى حالة الاستعجال يمكن أن يكون الإعذار أو الإخطار ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة .

٦٦ – وقد استجاب المشرع الفرنسى للتطورات المتلاحقة لوسائل التكنولوچيا الحديثة ، فأُحدث تعديلاً – بالقانون الصادر فى ١٢ يوليو ١٩٨٠ – على نص المادة ١٣٤٨ من القانون المدنى قبل من خلاله الإثبات بالصورة التى تكون مطابقة ودائمة للأصل الذى لم يحتفظ به . كما جاء تعديل سنة ١٩٨٣ للمواد من ٨ : ١٧ من القانون التجارى ليدخل ما أسماه بالتسجيلات المحاسبية بدلاً من الدفاتر التجارية التقليدية ، وقرر صلاحية دعامات المعلومات الدقيقة للإثبات .

وعلى الرغم من أن التعديل والتغير فى القواعد القانونية هو من سنة الحياة لتكون أكثر مسايرة للتطورات المتتابعة فى مجال المعلوماتية والاتصال عن بعد ، فإننا نرى أنه من خلال فهم متطور وواسع للقواعد التقليدية المطبقة حالياً على عملية الإثبات يمكن استيعاب وقبول مستخرجات وسائل التكنولوچيا الحديثة كأدلة إثبات بعد توفير كل ما يضمن مصداقيتها ويؤكد الثقة والإطمئنان إلها .

بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكترونى

د / على سيد قاسم

استاذ القانون التجارى

كلية الحقوق – جامعة القاهرة

مقدمة

١ – كان لثورة الاتصالات أثر كبير على العلاقات الانسانية لا يقل أبداً عن الأثر الذى أحدثته الثورة الصناعية منذ ما يزيد على قرنين من الزمان . والمعاملات التجارية بين الشعوب لم تكن بمنأى عن هذه المؤثرات بل كانت فى بؤرة ما رتبته من تحولات . وقدر حجم الصفقات التجارية التى تبرم عن طريق شبكة الإنترنت «شبكة شبكات» "Le reseau des reseaux" فى الولايات المتحدة الأمريكية وحدها بعشرات المليارات من الدولارات [١] . وشاع استخدام تعبير التجارة الإلكترونية "Commerce électronique, Electronic commerce" وأهتم المشرعون فى كثير من البلاد بتنظيمها بهدف توفير الأمان والثقة بين المتعاملين . وكان للجنة قانون التجارة الدولى التابعة للأمم المتحدة فضل السبق عندما أصدرت القانون النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية سنة ١٩٩٦ [٢] ، كما عقدت مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية عدة دورات شاركت فيها جمهورية مصر العربية لوضع قانون موحد للتوقيع الإلكترونى [٣] . والتوقيع فى رأينا هو نقطة الارتكاز التى يدور حولها الإثبات المدنى . فالتوقيع هو الذى يبعث الحجية فى الورقة العرفية ، فلا يشترط لصحة الورقة العرفية وإضفاء الحجية عليها إلا توقيع من نسبت إليه بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع» [٤] ، فالقانون المصرى «أقام حجية الأوراق العرفية على شهادة ذات الإمضاء أو الختم الموقع به عليها» [٥] .

خطة البحث

٢ – سنكرس هذه الدراسة لموضوع التوقيع الإلكترونى ، فنبين أولاً : تقنية التوقيع الإلكترونى (١) ثم نستعرض القواعد التى انتهت إليها مجموعة العمل الخاص بالتجارة الإلكترونية التابعة للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ، والتنظيم القانونى للتوقيع الإلكترونى فى المجموعة المدنية الفرنسية بعد تعديلهما فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ [٦] ، على ضوء توجيه الجماعة الأوروبية رقم ٩٣ . الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ [٧] ، الذى أدخل تعديلاً جذرياً على قواعد الإثبات المدنى [٨] ، آخذين فى الاعتبار أن القانون الفرنسى هو المصدر التاريخى للقانون المصرى (٢) . على أننا سنستهل ببيان المقصود بالتجارة الإلكترونية .

تمهيد

المقصود بالتجارة الإلكترونية

٣ – تحديد المقصود بالتجارة الإلكترونية ليس مسألة سهلة ، فإذا نظرنا إلى وسائل التبادل الإلكتروني للمعلومات والبيانات ، فإن نطاقها يتسع ليضم إلى جانب المعاملات التجارية علاقات أخرى ثقافية واجتماعية وإدارية . لذلك نقترح الوقوف عند التعريف الوارد في دليل التشريع الملحق بقانون الأونسيترال النموذجي الصادر سنة ١٩٩٦ والذي قصر مدلول هذا الإصطلاح على « التبادل الإلكتروني للبيانات EDI المتصلة بالتجارة » [٩] ، أي تبادل رسائل المعلومات المتعلقة بالتجارة من حاسوب إلى حاسوب آخر بطريقة نمطية وموحدة ، وبث الرسائل الإلكترونية المفتوحة الخاصة عبر شبكة الانترنت ، ويشمل ذلك : البريد الإلكتروني ، والرسائل الصادرة مباشرة بواسطة الحاسوب والتي يتلقاها المرسل إليه في صورة برقية مطبوعة ، كما يمتد أيضاً ليضم وسائل أقل تطوراً كالتلكس والفاكس والنسخ البرقي (Télécopie) [١٠] . على أن أهم ما يميز التجارة الإلكترونية أنها تعتمد على وسائط مبرمجة بواسطة الحاسوب تتابع تلقائيًا وميكانيكيًا دون تدخل من البشر [١١] ، مما يباعد بينها وبين التبادل التقليدي للمعلومات والبيانات عن طريق المستندات الورقية . ويتناول هذا التعريف عناصر ثلاثة :

أولاً : العمل التجاري :

٤ – نصت المادة الأولى من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أن أحكامه تنطبق على رسائل البيانات « المستخدمة في سياق أنشطة تجارية » [١٢] . فينبغي أن نكون بصدد أعمال تجارية على النحو الذي حدده قانون التجارة [١٣] . ولقد أسبغ المشرع ثوب التجارية على مشروعات التوريد والبيوع العقارية ، والمباني ، والنقل ، والصناعات التحويلية والاستخراجية ، والطباعة والنشر ، والتصوير ، والبث الفضائي عبر الأقمار الصناعية ، والبنوك والصرافة ، ومشروعات الملاهي العامة ، وتربية الدواجن والمواشي بقصد بيعها [١٤] . كما اعتبر المشرع عمليات شراء المنقولات أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها، وعمليات تأسيس الشركات [١٥] ، والأعمال المتعلقة بالملاحة البحرية أو الجوية أعمالاً تجارية ولو وقعت مرة واحدة [١٦] . مع ملاحظة أن هذه الأعمال التي عددتها المواد ٤ و ٥ ، ٦ من قانون التجارة قد جاءت على وجه المثال ولم ترد على سبيل الحصر [١٧] .

٥ – وإعمالا لنظرية المشروع (La theorie de l'entreprise) التى أيدناها كمعيار للعمل التجارى (١٨) ، نقترح تعريف التجارة الإلكترونية بأنها «التبادل الإلكترونى للبيانات والمعلومات المتعلقة باستغلال المشروع (L'entreprise) » فتشمل إذن تبادل البيانات فى مجال علاقات المشروع الاقتصادى بالموردين والممولين والموزعين والعملاء ، وجهة الإدارة والمشروعات المنافسة (١٩) .

ثانياً : علاقات التجارة الإلكترونية لا تعتمد على الوسائط الورقية :

٦ – على خلاف المعاملات التجارية التقليدية التى تستند إلى المحررات المعدة سلفًا لإثبات التصرفات القانونية ، فإن شاشة الحاسوب لا تقدم سجلاً مادياً يمكن الاحتفاظ به واستخدامه عند الحاجة ، ولا مناص عندئذ من استخراج المعلومات والبيانات المخزنة داخل الحاسوب فى صورة مطبوعة أو مسجلة على شرائح ممغنطة (٢٠) ، وهذه يسهل تغييرها أو تعديلها دون ترك أثر للتحريف ، وقد يلتقطها شخص غير المرسل إليه ليتلاعب بها ثم يطلقها مرة ثانية دون علم المصدر أو المرسل إليه ، ولا يوجد أصل للمستند يمكن التحقق من مطابقة الرسالة له للتأكد من سلامتها (٢١) . والتعامل على شبكة الإنترنت يضيف صعوبات جديدة لأنه يدور بين أطراف لا يعرف بعضها بعضًا . وأصل الرسالة عبارة عن مجموعة من البيانات مخزنة فى ذاكرة الحاسوب (٢٢) ، والمخرج لا يعدو أن يكون صورة لا تحمل توقيعاً يعول عليه ويمنحها الحجية ، وتقول محكمة النقض « لا حجية لصور الأوراق العرفية ولا قيمة لها فى الإثبات إلا بمقدار ما تهدى إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه . أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هى لا تحمل توقيع من صدرت منه والتوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الإصبع هى المصدر القانونى الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية » (٢٣) .

٧ – بيد أن الاستغناء عن المحررات الورقية فى نطاق التجارة الإلكترونية لا يغير من الطبيعة القانونية للتصرفات التى يجريها الأطراف ، وإنما يتعلق فقط بوسائل تبادل المعلومات والبيانات الخاصة بالصفقات التجارية . فالأعمال التجارية التقليدية والأعمال التجارية الإلكترونية إن اختلفت شكلاً فإنها تتحد من حيث الجوهر والمضمون (٢٤) .

ثالثاً : علاقات التجارة الإلكترونية تتخطى الحدود الإقليمية للدول :

٨ – إن عالمية التجارة ترتبط ارتباطاً وثيقًا بالتقنية المستخدمة المعتمدة على الحاسبات الآلية . ووسائل الاتصال المتقدمة والمفتوحة على كل الشعوب والتى جعلت من الكرة الأرضية قرية واحدة (٢٥) ،

وكفى بشبكة الإنترنت دليلاً على ذلك فالمشروع الذى يعرض منتجاته أو خدماته فى موقعه على شبكة الإنترنت يتوقع عقد صفقات تجارية مع أشخاص منتشرين فى كل أنحاء العالم ، فكل من يجلس أمام حاسوب مرتبط بالشبكة من عملائه المحتملين . ولا شك فى أن إبرام مثل هذه الصفقات القانونية قد طرح العديد من التساؤلات حول تحديد وقت ومكان إبرام العقد ، وصحة الرضاء ، وحماية المستهلك ، وكيفية الدفع ، وطرق الإثبات (٢٦) ؟ وهناك أيضاً مشكلة المعاملة الضريبية ، فالولايات المتحدة الأمريكية كما جاء على لسان الرئيس (كلينتون) ترغب فى أن تكون التجارة عبر شبكة الإنترنت معفاة من أى ضرائب جديدة ومتحررة من الحواجز الجمركية ، ورأى البعض إخضاع عمليات تبادل المعلومات لضريبة خاصة على القيمة المضافة ، وذهب فريق ثالث إلى ضرورة إخضاع صفقات التجارة الإلكترونية لنفس الضريبة على القيمة المضافة المفروضة على الأعمال التجارية التقليدية (٢٧) .

المبحث الأول

التوقيع الإلكترونى من الناحية التقنية

وضع المشكلة :

٩ – إذا كانت التجارة الإلكترونية هى استراتيچية المستقبل بالنسبة للمشروعات الإقتصادية ، فإن التبادل التجارى عبر الشبكات المفتوحة فى حاجة إلى الأمان الذى يُستمد من ثقة المتعاملين فى فحوى رسالة البيانات [٢٨] ، ومن الحماية القانونية ضد أعمال القرصنة الإلكترونية . والمعروف أن رسالة البيانات تنتقل من حاسوب إلى حاسوب آخر فى صورة إشارات كهربائية عبر وسائل الاتصال العادية ولاسيما خطوط الهاتف ، وهى لا توفر الأمان المطلوب إذ يمكن التلاعب فى مضمون الرسالة ، وقد يلتقطها الغير ليعيد إطلاقها بعد تحريفها دون شاهد على تغييرها ، وقد ينكرها من صدرت منه [٢٩] ، كما قد تعرض للتلف بسبب الأعطال الفنية التى تصيب الأجهزة المستخدمة .

وفى الشبكات المغلقة يمكن التغلب على هذه الصعوبات بمقتضى اتفاقات تبرم بين الأطراف كما هو الحال بالنسبة لبطاقات الدفع ، أو فى الشبكة الدولية لنقل الأموال والمعلومات بين البنوك الأعضاء فيها (Swift) [٣٠] . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن « من الجائز أن تتم الكتابة وتخزن بأى واسطة كانت بما فيها النسخ البرقى طالما أمكن التحقق من سلامتها وصحة نسبة فحواها إلى من يُدعى صدورها منه ، أو إذا ينازع فيها » [٣١] . أما فى الشبكات المفتوحة كشبكة الإنترنت فإن وسائل الأمان يجب أن تستهدف :

التعرف على مصدر الرسالة .

التأكد من أن الرسالة قد وصلت إلى المرسل إليه بالحالة التى أرسلت بها .

المحافظة على سرية رسالة البيانات وتخزينها بطريقة آمنة .

ولتوفير أكبر قدر من السرية للرسائل ظهر نظام التشفير ، كما درج العمل على استخدام التوقيع الرقمى أكثر أنواع التوقيعات الإلكترونية إنتشاراً . والحقيقة أن الصلة وثيقة بين النظامين [٣٢] .

المطلب الأول

التشفير

أولاً : عجالة تاريخية :

١٠ – يراد بالتشفير (Cryptologie) مجموعة من الوسائل الفنية التى تستهدف حماية سرية معلومات معينة عن طريق استخدام رموز خاصة تعرف عادة باسم المفاتيح (٣٣) . وتشفير البيانات يستهدف المحافظة على سلامتها وتأمين خصوصيتها فلا يستخدمها غير من وجهت إليه .

وضمان سرية الرسائل ولا سيما تلك المتعلقة بالأمور العسكرية كان شاغلاً للشعوب منذ أقدم العصور، فتفننت فى وسائل الإخفاء والتمويه ، كأن تكتب الرسالة على الرأس الحليق لأحد العبيد ثم ينتظر حتى ينبت الشعر ، وينطلق العبد بعدها حاملاً الرسالة إلى المرسل إليه ، ومن ذلك أيضًا استخدام الأحبار السرية .

وفى مرحلة لاحقة كتب يوليوس قيصر رسائله إلى قادة جيوشه بأسلوب خاص ، فكانت حروف الكلمات ترتب بطريقة متفق عليها . ولجأ الإغريق القدماء إلى كتابة الرسائل على قطعة من الورق ، يجب بسطها بطريقة خاصة على محور معين حتى يمكن قراءتها وبغير ذلك تصبح مجرد حروف لا معنى لها.

وفى الحرب العالمية الثانية استخدم الألمان أشهر آلة كهربائية للتشفير المعروفة باسم (Enigma) مما حث الحلفاء على ابتكار الحاسبا ت الآلية الأولى (Bombe) و(Colossus) لفك رموز هذه الشفرات .

وحتى سنة ١٩٦٧ تقريبًا كاد أن يكون استخدام التشفير قاصراً على الأغراض العسكرية والدبلوماسية (٣٤) . ومع ظهور الإنترنت التى كانت بدورها ثمرة للتعاون بين وزارة الدفاع الأمريكية والجامعات لإنشاء شبكة يصعب تدميرها ، تربط بواسطة حاسبات آلية عملاقة مراكز المعلومات والأقمار الصناعية الأمريكية المثبوتة فى أنحاء المعمورة ، واتصلت بها فيما بعد مراكز الأبحاث والخدمات المختلفة ثم الشبكات الوطنية. وفى سنة ١٩٨٣ قررت وزارة الدفاع الأمريكية فصل الجزء العسكرى (Milnet) عن باقى الشبكة (٣٥) . على أننا نؤكد مع البعض أن تأسيس وازدهار شبكة الإنترنت لم يستند إلى وجود اتفاقية دولية ولا إلى تشريع أو توجيه من أى نوع ، وإنما اعتمدت على نشأتها وتنظيمها على المبادرات الفردية ، دون تدخل من السلطات العامة ، على الأقل فى السنوات الأولى من عمرها (٣٦) .

ومع تقدم وسائل الاتصال كما ذكرنا ، واتجاه المشروعات نحو العالمية بحثًا عن فرص جديدة للاستثمار والإنتاج والتوزيع ، وازدياد الاستخدام التجارى لشبكة الشبكات ، أضحى التشفير وسيلة للمحافظة على سرية البيانات الشخصية بعد أن كان مقصوراً على الاستخدامات العسكرية وأجهزة الاستخبارات (٣٧) . ولذلك اهتم الفنيون بالبحث عن أساليب جديدة لتشفير المعلومات أكثر سرعة ، وأيسر استعمالاً ، وتحقق أكبر قدر من الأمان للمتعاملين ، وتتكون من نمطيات رياضية معقدة (algorithmes matéma-tiques) (٣٨) .

١١ – والتشفير من الناحية الفنية يتحصل فى إعادة كتابة رسالة البيانات قبل تصديرها باستخدام رمز أو مفتاح معين يفترض الربط بين البيانات والأرقام ، على أن تتوافر لدى المرسل إليه القدرة على استعادة الرسالة فى صورتها الأصلية قبل تشفيرها (٣٩) .

والرمز أو المفتاح قد يكون متماثلاً أو غير متماثل :

أولاً : المفتاح المتماثل :

١٢ – ويتلخص هذا النظام فى استخدام مفتاح واحد (Clé symétrique) لتشفير الرسالة من ناحية ولفك الشفرة من ناحية أخرى . فيكون المفتاح ذاته فى حيازة كل من المرسل والمرسل إليه ، ولا يعلم به أحد غيرهما ، وينبغى على كل منهما المحافظة على سرية هذا الرمز طوال فترة استخدامه حتى لا يطلع عليه الغير . ومن ذلك نظام (DES) الشائع الاستعمال الآن ، ولاسيما فى مجال المعاملات المصرفية (٤٠) .

ويتميز التشفير المتماثل بإنه لا يحتاج إلى حاسبات ذات قوة كبيرة ، كما لا يستغرق فك شفرته وقتاً طويلاً . ويؤخذ على هذا النظام أنه يعتمد على مفتاح واحد يتعين إرساله بكل سرية وبوسيلة آمنة إلى المرسل إليه ليتمكن من استعادة الرسالة وفهم مضمونها . وهى عملية مكلفة للغاية ومحفوفة بالمخاطر (٤١) . فإذا ، كانت هناك وسيلة مؤمنة فإن إرسال الرسالة بها قد يعد الأسلوب الأسهل ، (٤٢) ، كما يفترض نظام التشفير المتماثل سبق معرفة المرسل بالمرسل إليه ، وهو افتراض قد لا يتحقق فى التجارة عبر الشبكات المفتوحة .

ثانياً : المفتاح غير المتماثل :

١٣ – فى هذه الطريقة ينقسم مفتاح التشفير إلى جزءين : مفتاح عام (Clé publique) ومفتاح خاص (Clé privée). وعلى الرغم من الصلة الوثيقة بين المفتاحين فإنه من غير الممكن التعرف على

أحد المفتاحين من خلال المفتاح الآخر، فالمفتاحين العام والخاص غير متماثلين (Asymétrique) . والفضل فى اكتشاف أسلوب التشفير غير المتماثل يعود إلى (Rivest, Shamir et Adleman) الباحثين بمعهد ماساشوستس للتكنولوجيا (٤٣) .

ووفقاً لهذه الطريقة تشفر رسالة البيانات بواسطة المفتاح الخاص الذى يبقى فى حيازة صاحبه . أما المفتاح العام فيستخدم لفك رموز رسالة البيانات ، ويوزع على كل ذى شأن (٤٤) .

١٤ – والتشفير غير المتماثل يحافظ على سرية رسالة البيانات ولكنه وحده لا يساعد على التعرف على مصدر الرسالة الذى يستطيع أن يجحدها ، كما لا يحول دون التلاعب فى فحواها . فقد يلتقط الغير الرسالة ليعدل فى مضمونها ثم يطلقها من جديد دون أن يترك شاهداً على التحريف . ويحتاج نظام التشفير غير المتماثل إلى قنوات اتصال إلكترونية خاصة ، ويتوقف نجاحه على مدى تعقيد النمطية الرياضية (Algorithme mathématique) المستخدمة فى اشتقاق مفاتيح التشفير (٤٥) .

المطلب الثانى

كيف يعمل التوقيع الإلكترونى

أولاً : تعريف التوقيع الإلكترونى وصوره :

١٥ – يراد بالتوقيع الإلكترونى (Electonic signature, Signature électronique) كما جاء فى المادة الثانية من المشروع الذى أعدته مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية التابعة للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى مجموعة «بيانات مدرجة بشكل إلكترونى فى رسالة بيانات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها منطقياً ، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية حائز التوقيع بالنسبة لرسالة البيانات ، ولبيان موافقة حائز التوقيع على المعلومات الواردة فى رسالة البيانات » (٤٦) .

ويستند هذا التعريف إلى الطبيعة غير المادية لرسالة البيانات من ناحية ، وإلى وظيفة التوقيع من ناحية أخرى (٤٧) .

١٦ – والحقيقة أن التوقيع الرقمى (Digital signature numérique) هو أكثر أنواع التوقيعات الإلكترونية استخداماً ، ويعمل وفقاً لنظام التشفير غير المتماثل . فعن طريق المفتاح الخاص يضع المرسل توقيعه على رسالة البيانات ، وبواسطة المفتاح العام يمكن التعرف على الجهة الحائزة على المفتاح الخاص (٤٨) .

بيد أن هناك أساليب أخرى للتوقيع الإلكترونى ، كاستخدام قلم خاص للتوقيع على شاشة الحاسوب أو على جهاز خاص متصل به ثم يحلل إلى قيم رقمية يستعين بها المرسل إليه فى التحقق من صحة التوقيع . ولا نعرف ما سوف يسفر عنه التقدم التقنى فى المستقبل (٤٩) .

وفى جميع الأحوال إذا كان التشفير يستهدف المحافظة على سرية الرسالة وخصوصيتها ، فإن التوقيع الإلكترونى يسمح بالتحقق من سلامتها ، ويمكن من التعرف على مصدرها كما يفيد موافقته على البيانات الواردة فيها (٥٠) .

ثانياً : التمييز بين التوقيع الإلكترونى والتوقيع اليدوى :

١٧ – أوجب المشرع إثبات التصرفات القانونية غير مقدرة القيمة أو التى تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه بالكتابة دون البينة والقرائن (٥١) . فيجب أن تكون هناك ورقة مكتوبة ، ولا يشترط فى الكتابة فى شرط خاص لا من حيث صيغتها ولا من حيث طريقة تكوينها . فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها أن تكون دليلاً على موقعها . وهى تصلح لذلك أياً كانت لغة التعبير أو طريقة التدوين . فتجوز الكتابة بلغة غير لغة البلاد أو بلغة من اللغات القديمة ، بل تجوز برموز خاصة متى كان الطرفان يحتفظان بمفتاح لهذه الرموز معتمد منهما ، ويجوز أن تكون الكتابة خطية سواء أكانت بخط موقعها أو بخط غيره وسواء أكان الخط بالمداد أو بالرصاص أو بغيرهما ، كما يجوز أن تكون مطبوعة بأية وسيلة من وسائل الطباعة أو مكتوبة على الآلة الكاتبة ، (٥٢) . كل ما يلزم أن تذيل الورقة العرفية المتخذة كدليل للإثبات بتوقيع من صدرت منه ، ، فالكتابة غير الموقعة – ولوكانت بخط الشخص المنسوبة إليه – لا تعدو أن تكون مشروعاً يحتمل الاعتماد أو عدمه ، (٥٣) .

١٨ – وعلى الرغم من أن التوقيع (Signatur) هو الشرط الجوهرى لصحة الورقة العرفية وحجيتها على من تنسب إليه (٥٤) ، فإن القانون المصرى على غرار المجموعة المدنية الفرنسية قبل ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ لم يقدم تعريفاً للتوقيع (٥٥) .

ويصح التوقيع بالإمضاء أو بالختم أو ببصمة الإصبع (٥٦) . كما أجاز المشرع الفرنسى التوقيع بسحب الكمبيالة أو بتظهيرها بخط اليد أو بأى طريقة أخرى كآلة ميكانيكية مثلاً (á la griffe) (٥٧) . وأقر قضاء محكمة النقض الفرنسية قبل ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ بصحة التوقيع عن طريق تكوين رقم سرى مصحوباً ببطاقة الدفع (٥٨) . المهم أن يتوافر فى التوقيع ، أياً كانت طريقة كتابته ما يكفى للتعريف

(بالموقع) وتحقيق غرض الشارع ، [٥٩] ، ويدلل على إرادة الموقع فى اعتماد الورقة العرفية والالتزام بمضمونها [٦٠] . ولا يشترط بعد ذلك أن يكون « التوقيع مقروءاً أو كاشفاً عن اسم صاحبه ، أو أن يتم توثيق التوقيع على الورقة العرفية ببصمة خاتم لموقعها أو محررة على مطبوعات تحمل اسمه » [٦١] .

فالتوقيع إذن ينهض بوظيفتين : تحديد هوية مصدر الورقة من ناحية ، وقبوله الالتزام بمضمونها من ناحية أخرى [٦٢] . وهى الوظائف نفسها التى نصت عليها المادة ١٣٢٢ – ٢ من المجموعة المدنية الفرنسية بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٣٠ الصادر فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ والتى سنعرضها فيما بعد [٦٣] .

١٩ – بيد أن عقود التجارة الإلكترونية تجرى عن بعد ، فتبرم بين غائبين لا يعرف عادة بعضهم بعضاً . لذا ينبغى على كل متعاقد أن يُعرف نفسه بالمتعاقد الآخر ، فيقدم بعض البيانات التى تساعد على تحديد هويته ، غير أن الكشف عن الهوية على شبكة مفتوحة ليس عملية آمنة تماماً ، فقد يقتنص شخص مخادع بيانات شخص آخر ويقدمها على أنها خاصة به ، أو يضع عنواناً ليس له [٦٤] .

فالبائع مثلاً لا يعرف المشترى ، ولا يستطيع أن يتحقق من أهليته لإبرام التصرف القانونى ، بل قد يقع تحت طائلة قانون العقوبات فى البلاد التى تحرم عرض أعمال أو سلع من طبيعة خاصة على الأطفال غير المميزين أو الصبية ناقصى الأهلية [٦٥] . والمشترى بدوره قد لا يعرف البائع ، فالصفقة لا تتم داخل محل تجارى ، وإنما يقف العميل أمام مجرد عروض مقدمة على شاشة الحاسوب عبر شبكة مفتوحة ، أى بصدد متاجر محتملة (Galeries marchandes virtueles) [٦٦] ، فيلتقى الإيجاب والقبول « عن بعد بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل » [٦٧] .

٢٠ – وإذا كان التعاقد بين حاضرين يتم تحت سمع كل من طرفيه وبصره ، إذ يستطيع كل متعاقد أن يتحقق بنفسه ومباشرة من هوية الطرف الآخر ، كما أن كلاً منهما يوقع بخط يده أمام الآخر وتحت رقابته ، فإن التوقيع الإلكترونى على خلاف ذلك يتركب من مجموعة من الأرقام أو الحروف ولا يتضمن عنصراً خاصاً يمكن معه القطع بنسبة التوقيع إلى شخص معين . ومن ثم صار لزاماً تدخل شخص ثالث يحظى بثقة المتعاملين تكون مهمته التصديق على صحة المعلومات المتبادلة والتأكد من هوية صاحب التوقيع يسمى « بجهة التصديق » Information certifier, Certificateur d'informations" ، وقد يعهد إلى هذه الجهة باشتقاق المفاتيح الخاصة المستخدمة فى التوقيعات وتوزيعها على المشتركين لديها [٦٨] .

وتصدر جهة التصديق شهادة تتضمن المعلومات المطلوبة عن الشخص المراد التحقق من هويته (الاسم ، وتاريخ الميلاد ، والموطن ....) ، كما تؤكد للمرسل إليه أن المفتاح العام الذى استخدمه لفك رموز رسالة البيانات والتوقيع الممهورة به يتطابق تماماً مع المفتاح الخاص الموجود فى حيازة الموقع ، وأن الرسالة قد وصلت إليه بالحالة التى أرسلت بها (٦٩) .

ومن ثم فإن الثقة فى التوقيع الإلكترونى تعتمد أساسًا على الشهادة الصادرة من جهة التصديق ، كما تتوقف على سلامة الأجهزة المستخدمة فى إنشاء التوقيع ولذا عنى مشروع القانون النموذجى للتوقيع الإلكترونى ، وتوجيه الاتحاد الأوروبى فى ٢٩ نوفمبر ١٩٩٩ ، بالدور الذى تنهض به جهات التصديق (٧٠) .

٢١ – ولجهة التصديق دور آخر : ففى الصفقات التى تجرى عبر شبكة الإنترنت ، عندما يريد أحد الأطراف إثبات عقد مثلاً أبرمه مع أحد عملائه فإنه يلجأ بالضرورة إلى البيانات التى احتفظ بها فى نظامه الإلكترونى ، مما يصدم بمبدأ عام فى الإثبات يحظر على الشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه ، والذى أكده القضاء الفرنسى ، عندما رفضت محكمة النقض الفرنسية قبول البيانات التى سجلتها شركة السكك الحديدية إلكترونيًا وتلقائيًا عن حركة القطارات لنفى مسئوليتها عن ضرر لحق بأحد الركاب ، استناداً إلى المبدأ المتقدم (٧١) . ولا شك أن تدخل شخص محايد كجهة التصديق مثلاً يساعد على اقتحام هذه العقبة دون مخالفة لهذا المبدأ القانونى المستقر (٧٢) .

المبحث الثانى

التنظيم القانونى للتوقيع الإلكترونى

٢٢ – انتهينا إلى أن التوقيع الإلكترونى عبارة عن مجموعة من المعلومات مدرجة بشكل إلكترونى فى رسالة بيانات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ارتباطاً منطقياً تستخدم لتحديد هوية الموقع وإثبات موافقته على فحوى الرسالة ، وتؤكد سلامتها (٧٣) . ومع تعاظم حجم التجارة الإلكترونية وأهميتها المتزايدة، تدخل المشرع فى كثير من البلاد لسن قواعد تحكم النظام القانونى للتوقيع الإلكترونى منها قانون التوقيع الرقمى الألمانى الصادر سنة ١٩٩٧ ، والمرسوم بقانون البرتغالي الصادر فى ٢ أغسطس ١٩٩٩ (٧٤) ، وقانون التوقيع الإلكترونى الأمريكى الصادر فى ٣٠ يونية ٢٠٠٠ والمعمول به اعتباراً من أول أكتوبر ٢٠٠٠ ، والقانون الفرنسى رقم ٢٣٠ الصادر فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ ، وقانون لوكسومبرج الصادر فى ١٤ أغسطس سنة ٢٠٠٠ ، والقانون البلچيكى الصادر فى ٢٠ أكتوبر سنة ٢٠٠٠ . ومن قبل التوجيه الصادر من الاتحاد الأوروبى فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ . وهناك أيضاً مشروع القانون النموذجى فى شأن التوقيع الإلكترونى الذى أعدته مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية التابعة للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى فى دورتها الثامنة والثلاثين (٧٥) ، والمتوقع إقراره من اللجنة المذكورة (UNCI-TRAL, CNUDCI) فى الصيف القادم بإذن الله (٧٦) .

وسنحاول فيما يلى أن نعرض معالم التنظيم الذى تضمنه مشروع القانون النموذجى (١) ، ثم نعالج أحكام التنظيم الفرنسى كمابينه القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ (٢) .

المطلب الأول

مشروع القانون النموذجى الخاص بالتوقيع الإلكترونى

٢٣ – كرست مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية والتابعة للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى ثمان دورات (من الدورة ٣١ إلى الدورة ٣٨) لإعداد مشروع قانون نموذجى فى شأن

التوقيع الإلكتروني ، ويتضمن المشروع في صورته النهائية اثنتي عشرة مادة ، وسيعرض على لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في دورتها الرابعة والثلاثين التي ستعقد في الفترة من ٢٥ يونيه إلى ١٣ يوليو القادم .

وينهض مشروع القانون النموذجي على أسس ثلاثة :

١ – الحياد بشأن في التوقيع الإلكتروني .

٢ – المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوي .

٣ – دور شهادة التصديق والعلاقات القانونية المرتبطة بها .

بيد أننا ننبه قبل عرض معالم التنظيم النموذجي إلى أن قواعده لا تخل بمبدأ سلطان الإرادة ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ولا تطبق إلا على العلاقات التجارية ، فلا تمس بالنصوص القانونية الوطنية التي تستهدف حماية المستهلك . كما أنها لا تتعارض مع الأحكام العامة للعقود بوجه خاص .

أولاً : الحياد التقني :

٢٤ – قد تتعدد الوسائل الفنية المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني ، فهناك التوقيع الرقمي المستند إلى نظام التشفير غير المتماثل (٧٧) ، والتوقيع بواسطة قلم خاص على شاشة الحاسوب ، أو على جهاز متصل به ، وقد يكون إشارة صوتية ، أو غيرها من الوسائل التي قد يتوصل إليها التقدم التقني في المستقبل . وتعامل المادة الثالثة من المشروع النموذجي كل هذه الوسائل التقنية على قدم المساواة ، فلا يفضل بعضها على بعض طالما كان التوقيع الإلكتروني المستخدم قد استوفى الاشتراطات الجوهرية التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة (٦) من مشروع القانون النموذجي ، أو الشروط الأخرى التي قد يقتضيها القانون واجب التطبيق (٧٨) . فقد يتطلب القانون واجب التطبيق مثلاً إستعمال طريقة محددة ، أو يفرض معايير معينة للتوقيع الإلكتروني ، وعندئذ ينبغي احترام أحكامه . المهم أن تكون الطريقة المتبعة في التوقيع الإلكتروني من الممكن الوثوق بها ، والاطمئنان إليها بالقدر الذي يتناسب مع الغرض الذي أنشئت من أجله رسالة البيانات ، والظروف التي أحاطت بها ، وما اتفق عليه الأطراف . إذ يملك الأطراف مثلاً الاتفاق على استبعاد بعض الطرق الفنية للتوقيع الإلكتروني أو تقييد استخداماتها .

٢٥ – ويختص قاضى الموضوع بالفصل فى النزاع حول سلامة الوسيلة الفنية المستخدمة فى التوقيع الإلكترونى ، ومدى إمكان التعويل عليها ، آخذاً بعين الاعتبار درجة التقدم التقنى فى الأجهزة التى استعان بها الأطراف ، وطبيعة نشاطهم ، والتعاملات السابقة بينهم .

وأهمية الصفقة التى ثار الخلاف بشأنها ، وكفاءة أنظمة الاتصال ، وشهادات التصديق الصادرة من الجهات المختصة (٧٩) .

٢٦ – والحقيقة أن نص المادة الثالثة من مشروع القانون النموذجى للتوقيع الإلكترونى لا يعدو أن يكون ترديداً للمبدأ الذى أعلنته من قبل المادتان السادسة والسابعة من القانون النموذجى للتجارة الإلكترونية ، وأكد حياد قواعد القانون الموحد إزاء الوسائل التقنية المستخدمة فى التوقيع أو فى إنشاء رسائل البيانات ، ذلك لأن الشارع قد لاحظ التطور السريع فى وسائل الاتصال والأجهزة الفنية التى تعتمد عليها التجارة الإلكترونية ، فلم يرغب فى تقييدها بنظام خاص . فلا يجوز إذن إنكار الأثر القانونى للتوقيع الإلكترونى لمجرد أن الموقع قد لجأ إلى طريقة فنية معينة دون أخرى .

على أن مجموعة العمل التى أعدت مشروع القانون النموذجى قد استجابت لاعتبارات عملية فركزت جهودها على تنظيم التوقيع الإلكترونى المستند إلى نظام التشفير غير المتماثل ، حيث يمكن أن تتدخل جهة التصديق لتبعث الثقة بما تصدره من شهادات وما تفرضه على المتعاملين من التزامات فى التوقيعات الإلكترونية (٨٠) .

ثانياً : المساواة بين التوقيع الإلكترونى والتوقيع اليدوى :

٢٧ – لعل الهدف الرئيسى الذى يسعى إليه مشروع القانون النموذجى هو تيسير استخدام التوقيعات الإلكترونية ومعاملة الوسائط الإلكترونية على قدم المساواة مع الوثائق الورقية (٨١) . والحقيقة أن مشروع القانون النموذجى بشأن التوقيع الإلكترونى قد نسج على منوال قانون الأونسيترال النموذجى للتجارة الإلكترونية الصادر سنة ١٩٩٦ فى كثير من المسائل :

(أ) قانون الأونسيترال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦ :

تضمن القانون النموذجى ثلاث قواعد استهدفت تحقيق المساواة بين رسالة البيانات والوثيقة الورقية:

١ – ساوت المادة السادسة من قانون التجارة الإلكترونية النموذجي بين رسالة البيانات والمستند الورقى متى تيسر الإطلاع عليها ، وأمكن الرجوع إليها بعد ذلك لتقديمها كدليل فى الإثبات ، عن طريق الحواس البشرية أو بواسطة أجهزة الحاسبات الآلية (٨٢) .

٢ – على الرغم من أن رسالة البيانات المبلغة إلى المرسل إليه ليست أصلاً (original) ، وإنما مجرد صورة (copy) مما يعد عقبة كئوداً فى طريق نمو وازدهار التجارة الإلكترونية ، إذ عند المنازعة يثور التساؤل حول نوع الوثيقة وطبيعتها ؟ ولإزاحة هذا العائق اعتبرت المادة الثامنة من قانون التجارة الإلكترونى النموذجى رسالة البيانات بمثابة الأصل متى وجد ما يؤكد على ضوء الغرض الذى أنشئت من أجله والظروف التى أحاطت به ، سلامة المعلومات التى تضمنتها وعدم تغييرها منذ لحظة إنشائها لأول مرة ، وأمكن مواجهة من تشهد عليه بمحتواها .

٣ – اعترفت المادة التاسعة من قانون التجارة الإلكترونية النموذجى بحجية رسالة البيانات فى الإثبات ، فلا يجوز إنكار هذه الحجية لأنها مجرد رسالة بيانات أو لأنها ليست فى شكلها الأصلى (origi-nal form) طالما أنها كانت أفضل دليل (The best evidence) يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذى يتمسك بها أن يحصل عليه . ويؤخذ فى الاعتبار عند تقدير هذه الحجية الطريقة التى أنشئت أو أبلغت أو خزنت أو استخدمت فى المحافظة على رسالة البيانات ، وعلى سلامة المعلومات الواردة فيها .

(ب) مشروع القانون النموذجي بشأن التوقيع الإلكترونى :

٢٨ – وعلى نفس النهج قدمت الفقرة (أ) من المادة الثانية من مشروع القانون النموذجى تعريفاً للتوقيع الإلكترونى مستمداً من الدور الذى ينهض به التوقيع التقليدى كأداة لتحديد هوية الموقع وإثبات موافقته على فحوى المحرر (٨٣) .

ثم جاءت الفقرة الأولى من المادة السادسة من مشروع القانون النموذجى لتؤكد ذلك صراحة ، فنصت على أنه « عندما يتطلب القانون وجود توقيع فإن هذا الشرط يتحقق بالنسبة لرسالة البيانات إذا أستخدم توقيع إلكترونى يمكن التعويل عليه بالقدر الذى يكون مناسبًا للغرض الذى أنشئت من أجله أو أبلغت رسالة البيانات » .

وأقامت الفقرة الثالثة من المادة السادسة قرينة قانونية بسيطة مؤداها أن التوقيع الإلكترونى يصبح موثوقاً به ، ومن ثم يصح التعويل عليه متى توافرت الشروط الآتية :

١ – إذا كانت الأداة التى أستخدمت فى إنشائه تخص الموقع دون غيره .

٢ – وإذا كانت أداة التوقيع لحظة إجرائه تحت سيطرة الموقع وحده .

٣ – إذا كان من الممكن اكتشاف أى تحريف يطرأ على التوقيع الإلكترونى بعد صدوره .

٤ – فى الحالات التى يتطلب فيها القانون سلامة الرسالة الموقعة ، يلزم أن يكون متيسراً اكتشاف أى تعديل يطرأ على رسالة البيانات بعد توقيعها ، ويستعان على ذلك باستعمال أنماط رياضية وفنية معينة كنظام التقطيع مثلاً (Hashing function) [٨٤] .

ثالثاً : شهادة التصديق (La certification) :

٢٩ – قلنا أن من بين المبادىء التى توخاها مشروع القانون النموذجى فى شأن التوقيع الإلكترونى مبدأ الحياد التقنى ، ومع ذلك فإن نظرية التوقيعات الرقمية القائمة على نظام التشفير غير المتماثل كانت بمثابة الخلفية الفكرية لدى أعضاء مجموعة العمل التى أعدته ، باعتبارها أكثر أنواع التوقيعات انتشاراً . حيث يقوم منشىء رسالة البيانات بوضع توقيعه مستخدماً مفتاحاً شخصياً أو خاصاً ثم يبعث بالمفتاح العام اللازم لفك الشفرة إلى المرسل إليه . غير أن المرسل إليه قد لا يعرف منشىء الرسالة ، أو قد يخشى التعويل عليها ولاسيما إذا كانت على شبكة مفتوحة كالإنترنت ، إذ يستطيع شخص من الغير أن يلتقطها ثم يطلقها من جديد بعد أن يتلاعب فى مضمونها . كما أن من تنسب إليه الرسالة قد ينكرها ، متى قدر أن الصفقة لم تعد ملائمة له . لذلك فإن المرسل إليه الحريص يشترط تقديم شهادة تصدر من جهة موثوق بها تؤكد مطابقة المفتاح العام للمفتاح الخاص المستخدم فى التوقيع وتحدد هوية حائز المفتاح الخاص ، كما تبين اسم الجهة مصدرة الشهادة والدولة التابعة لها ، وتاريخ صلاحية الشهادة وغير ذلك من البيانات الهامة [٨٥] .

وتنشأ عن شهادة التصديق علاقات قانونية بين أطراف ثلاثة :

(أ) مقدم خدمة التصديق

(Prestataire de services de certification, Certifier):

٣٠ – وفقًا للفقرة الأولى من المادة السابعة من مشروع القانون النموذجى ، فإن مقدم خدمة التصديق قد يكون إدارة ، أو شخصًا طبيعيًا ، أو معنويًا عامًا أو خاصًا ، تعينه الدولة المختصة ليحدد التوقيعات الإلكترونية التى تتوافر فيها الشروط المنصوص عليها فى المادة السادسة من ذات المشروع (٨٦) .

ومقدم خدمة التصديق يصدر شهادة تشير إلى المفتاح العام اللازم لفك شفرة الرسالة ، وتؤكد أن هذا المفتاح العام يتطابق مع المفتاح الشخصى أو الخاص المستخدم فى التوقيع ، وتحدد حائز هذا المفتاح الخاص .

وتتخذ شهادة التصديق بدورها صورة رسالة بيانات ، لذلك فمن المتصور أن تتدرج جهات التصديق من الصعيد المحلى إلى المستوى الوطنى ، بل وقد تعمل على المستوى الدولى (٨٧) . وقد تنشر شهادات التصديق فى دليل يشبه دليل التليفونات . يبين حائزى المفاتيح الخاصة المتطابقة مع المفاتيح العامة الموضوعة تحت تصرف المرسل إليهم ، وبعض المعلومات الضرورية عن عملائها .

وعلى مقدم خدمة التصديق عند النهوض بمهام أو وظيفته أن يحترم المعايير العالمية المعتمدة من المنظمات المعنية مثل (ISO) و(IETF) (٨٨) ، وغرفة التجارة الدولية ، وأن يراعى العادات والأعراف التجارية .

٣١ – على أن المادة التاسعة من مشروع القانون النموذجى بشأن التوقيع الإلكترونى ، فرضت على مقدمى خدمات التصديق عدة التزامات (٨٩) .

١ – تلتزم جهة التصديق بأن تتصرف وفقاً للمبادىء والسياسات التى تعلنها فى مواثيقها أو تثبتها فى نشراتها لإدارة نشاطها المهنى ، وأن تستخدم أنظمة ومعدات وموارد بشرية جديرة بالثقة .

٢ – على جهة التصديق أن تتخذ الإجراءات المعقولة لضمان دقة وسلامة المعلومات الواردة فى الشهادات التى تصدرها .

٣ – يجب على جهة التصديق أن تذكر فى الشهادات الصادرة منها (اسمها ، موطنها ، وطبيعتها القانونية ، وجنسيتها ، وغيرها من البيانات المتعلقة بهويتها) .

٤ – يتعين على جهة التصديق أن تضع تحت تصرف الطرف الذى يعتمد على وجود شهادة التصديق ، الوسائل المعقولة ليتحقق من أن الموقع المحددة هويته فى الشهادة كان يسيطر بالفعل وقت التوقيع على الأداة الفنية اللازمة لإجرائه ، وأنها كانت وقت التوقيع سارية المفعول ولم تتعرض لما يثير الشبهة .

٥ – تلزم جهة التصديق بأن توفر أيضًا للطرف الذى يرتكن إلى وجود الشهادة الوسائل الممكنة ليتعرف على الطريقة المتبعة لتحديد هوية الموقع . والقيود التى ترد على قيمة أو موضوع التصرفات التى يستخدم التوقيع الإلكترونى من أجلها .

٦ – على جهة التصديق أن توفر خدمة سريعة لإلغاء الشهادات المتعلقة بتوقيعات تعرضت أدواتها لما يثير الشبهات [٩٠] .

٧ – ويسأل مقدم خدمة التصديق عن تعويض الأضرار الناشئة عن إخلاله بواجباته القانونية ، وعليه أن يثبت فى الشهادة حدود هذه المسئولية وفقًا لقانونه الوطنى ، على أن يؤخذ فى الاعتبار النفقات اللازمة لإصدار الشهادة ، وطبيعة المعلومات التى تضمنتها ، ومدى مساهمة خطأ المضرور فى إحداث الضرر .

٣٢ – ولكى تحظى جهة التصديق بثقة المتعاملين ، عليها أن تلتزم الحياد فلا تكون له أى مصلحة مالية أو غير مالية فى الصفقة التى أشئت بمناسبتها رسالة البيانات المزيلة بالتوقيع المصدق عليه . وينبغى عليها أن تمسك سجلاً كاملاً بما أصدرته من شهادات ، وأن تحتفظ به لمدة مناسبة . إذ قد يطلب منها إقامة الدليل أمام القضاء على صحة المعلومات الواردة فى شهادة صدرت منها ، وذلك بعد سنين عديدة تالية لوقت إنشاء رسالة البيانات وإبرام الصفقة المتعلقة بها [٩١] .

(ب) الموقع (The signature holder, Signataire) :

٣٣ – يجب على مستخدم التوقيع الإلكترونى أن يحافظ على سرية الأداة المستخدمة للتوقيع ، ولا يعرضها لخطر السرقة أو الضياع ، وألا يسمح لغير الأشخاص الذين فوضهم فى التصرف نيابة عنه باستخدام أدوات التوقيع . ولقد نصت المادة الثامنة من مشروع القانون النموذجى بشأن التوقيع الإلكترونى، على عدد من الواجبات يمثل الحد الأدنى الذى يتعين على الموقع أن يتقيد به (٩٢) :

١ – ينبغى على حائز أداة التوقيع الإلكترونى أن يقدم البيانات الدقيقة والكاملة اللازمة لإصدار شهادة التصديق ، وأن يبذل العناية المعقولة لضمان سلامة هذه البيانات طوال مدة صلاحية الشهادة .

٢ – على حائز أداة التوقيع الإلكترونى أن يتخذ الاحتياطات المعقولة لمنع استخدام هذه الأداة استخداماً غير مأذون به .

٣ – يتعين على حائز أداة التوقيع متى علم بأن أداة التوقيع قد تعرضت لما يثير الشبهة ، أو بأن هناك ظروفًا يحتمل معها تعرض أداة التوقيع لما يثير الشبهة ، أن يبادر إلى إخطار ذوى الشأن بذلك ، ودون تأخير لا مبرر له ، فعليه مثلاً أن يخطر كل شخص يعتقد أنه سيرتكن إلى التوقيع الصادر عنه ، كما يخطر أيضاً جهة التصديق بما تعرضت له أداة التوقيع من شبهة .

(جـ) المرسل إليه الذى يرتكن إلى التوقيع الإلكترونى أو إلى شهادة التصديق :

٣٤ – المرسل إليه الذى يتلقى رسالة بيانات موقعه على شبكة مفتوحة كشبكة الإنترنت عليه أن يتخذ بعض الاحتياطيات المعقولة قبل أن يعول على هذه الرسالة ويمنح ثقته لمرسلها ، كأن يقرن قبوله مثلاً بالإيجاب الذى تضمنته الرسالة . ومن الاحتياطات المعقولة التى ينبغى على من يرتكن إلى التوقيع الإلكترونى (La partie se fiant á la signature ou au certificat) نصت المادة الحادية عشر من مشروع القانون النموذجى على :

١ – على المرسل إليه أن يتخذ الإجراءات المعقولة والمناسبة للتحقق من صحة التوقيع الإلكترونى .

٢ – إذا كان التوقيع الإلكترونى مصحوباً بشهادة تصادق على نسبته للموقع ، فعلى المرسل إليه أن يتحقق من صحة الشهادة ، وأنها لم تلغ أو يوقف أثرها . وأن يراعى ما تضمنته من قيود أو شروط تحد من نطاقها .

٣٥ – ويؤخذ فى الاعتبار عند تقدير درجة العناية المعقولة المطلوبة من المرسل إليه ، الذى يرتكن إلى التوقيع الإلكترونى أو إلى شهادة التصديق طبيعة الصفقة وقيمتها ، والعلاقات السابقة بين الأطراف إن وجدت ، وما يقضى به العرف والعادات التجارية .

فإذا لم يبذل المرسل إليه هذا القدر المطلوب من العناية المعقولة قبل أن يرتكن إلى التوقيع الإلكترونى أو شهادة التصديق ، فعليه أن يتحمل تبعة عدم تحرزه وإهماله .

والحقيقة أن مشروع القانون النموذجى للتوقيع الإلكترونى ترك تحديد الجزاء الذى يوقع على المرسل إليه المهمل للقانون واجب التطبيق وفقاً لقواعد تنازع القوانين .

المطلب الثانى
القانون الفرنسى رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠
والتوقيع الإلكترونى

وضع المشكلة :

٣٦ – الإثبات هو « قوام حياة الحق ومعقد النفع منه » [٩٣] ، فلا قيمة لحق لم يقم الدليل عليه [٩٤] . وأحكام إثبات التصرفات القانونية فى مجموعة نابليون المأخوذة عن أمر دى مولان **(L'ordonnance de Moulins)** الصادر فى فبراير سنة ١٥٦٦ تؤكد مبدأ سمو الدليل الكتابى على غيره من وسائل الإثبات الأخرى كالبينة والقرائن [٩٥] . ولعمرك أنه أيضاً المبدأ الذى تبناه بدوره المشرع المصرى عندما نظم الإثبات فى الباب السادس من الكتاب الأول من المجموعة المدنية ، ثم من بعد فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الخاص بالإثبات فى المواد المدنية والتجارية الذى وضع قاعدة عامة مؤداها :

(أ) فى غير المواد التجارية لا يجوز إثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على خمسمائة جنيه [٩٦] .

(ب) لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة ، حتى ولو كانت قيمة التصرف القانونى المدنى لا تزيد على خمسمائة جنيه .

(جـ) ومع ذلك فقد استثنى الشارع حالات معينة من وجود الإثبات بالكتابة وأجاز إثباتها بشهادة الشهود ، وهى :

١ – إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢ – إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى .

٣ – إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لايد له فيه (٩٧) .

(د) أما فى المواد التجارية فيجوز إثبات الإلتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الإثبات ، كما يجوز إثبات عكس ما اشتمل عليه دليل كتابى أو إثبات ما يجاوز هذا الدليل بكافة طرق الإثبات . وذلك كله ما لم يشترط القانون الإثبات بالكتابة (٩٨) .

٣٧ – والحقيقة أن المقصود بالكتابة التى تعنيها قواعد الإثبات هى المستندات الورقية التى تحمل توقيع من تنسب إليه . فاستخدام الورق من السمات المميزة للمدنية الحديثة . (٩٩) فلم يكن عجباً أن يتحدث الفقهاء عن الأوراق الرسمية والأوراق العرفية ، والدفاتر والأوراق المنزلية (١٠٠) . ومع تقدم وسائل الاتصال الحديثة والاستخدام المتزايد لشبكة الإنترنت فى إبرام الكثير من التصرفات القانونية ، ونمو التجارة الإلكترونية ، ظهر التناقض بين قواعد الإثبات التقليدية المستندة إلى الأوراق المكتوبة وبين طبيعة التجارة الإلكترونية التى لا تعتمد على الوسائط الورقية (١٠١) . لذلك كان لزاماً تعديل قواعد الإثبات بما يتلاءم مع حاجات هذه التجارة الجديدة ، فصدر قانون ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ ، فى الخاص بتحقيق المواءمة بين قواعد الإثبات وتقنيات المعلومات وفى شأن التوقيع الإلكترونى .

٣٨ – والمعروف أن القضاء قد قام بدور خلاق عند تفسير قواعد الإثبات محاولاً التوفيق بين ثبات النصوص القانونية من جانب ، والمتغيرات العملية من جانب آخر . فاتجه فى خطوة أولى إلى تقرير أن قواعد الإثبات تتناول حقوقاً فردية إذ يملك كل خصم النزول عن حقه ، ومن ثم فإنها لا تتعلق بالنظام العام (١٠٢) . ولا تثريب على الخصوم إذا ما أتفقوا على تطبيق قواعد دون أخرى ، كأن يتفقوا مثلاً ، على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبينة ، أو على ، الإثبات بالبينة حيث يجب الإثبات بالكتابة ، (١٠٣) . والمشرع المصرى قنن فيما بعد هذا القضاء فى المادة ٤٠٠ من المجموعة المدنية ثم فى المادة ٦٠ من قانون الإثبات رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٨ (١٠٤) .

وفى خطوة ثانية بعد أن أنكرت محكمة النقض الفرنسية كل قيمة قانونية للصورة الضوئية (pho-tocopie) (١٠٥) ، عادت واعتبرت فى حكمها الصادر فى ١٤ فبراير ١٩٩٥ الصورة الضوئية لإقرار

بدين صادر من المدين مبدأ ثبوت بالكتابة طالما أن المدين لم ينازع فى سلامتها (١٠٦) ، وأجازت أيضاً استخدام التوقيع الإلكترونى متى كان ذلك محلاً لاتفاق الأطراف بمناسبة إصدار بطاقة الدفع (١٠٧) .

ثم أجازت هذه المحكمة العليا صحة الكتابة الثابتة فى برقية تليفونية (Télécopie) كشرط لقبول التنازل عن دين مهنى ، طالما أمكن التحقق من سلامتها وصحة نسبة فحواها إلى ممن يدعى صدورها منه ، أو إذا لم ينازع منهـا **"peut être établi et conservé sur tout support et compris par télécopie, dés lors que son intégrité et il'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été veréfices ou ne sont pas contestées".** (١٠٨)

٣٩ – فالقضاء الفرنسى فى نهاية القرن العشرين بدأ يتفهم المشكلات المتولدة عن استخدامات الحاسبات الآلية فى تبادل البيانات (١٠٩) . غير أن ازدياد حجم المعاملات التجارية التى تبرم من خلال شبكة المعلومات المفتوحة ، وتعاظم أهمية التجارة الإلكترونية كاستراتيجية اقتصادية للمشروعات على المستوى المحلى وعلى الصعيد العالمى دعا المشرع للتدخل ليعد قواعد الإثبات الواردة فى الفصل السادس من الباب الثالث من الكتاب الثالث من المجموعة المدنية الفرنسية (المواد من ١٣١٥ إلى ١٣٤٨) وذلك بمقتضى القانون رقم ٢٣٠ الصادر فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ م (١١٠) ، ليجيز الكتابة بالطريق الإلكترونى كدليل فى الإثبات شأنها شأن المحرر الورقى تماماً ، لذلك عرّف الدليل الكتابى واعترف صراحة بالتوقيع الإلكترونى :

أولاً : الدليل الكتابى :

(أ) تعريف الكتابة :

٤٠ – وفقاً لنص المادة ١٣١٦ من المجموعة المدنية الفرنسية بعد تعديلها فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ ، ينتج الدليل الكتابى أو الإثبات بالكتابة من مجموعة من الحروف أو الأشكال أو الأرقام أو الأشارات أو الرموز تعطى معنى مفهوماً ، وذلك بصرف النظر عن دعامتها وعن طريقة انتقالها ، (١١١) ، وينهض التعريف المقدم على عنصرين :

١ – الكتابة مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز ، أياً كانت دعامتها : ورقية ، أو بلاستيكية (ديسكيت أو CD) ، أو مخزنة فى ذاكرة الحاسوب ، وبصرف النظر عن طريقة انتقالها ، يدوياً أو برقياً ، أو تليفونياً ، أو بواسطة الفاكس ، أو مباشرة من حاسوب لآخر .

٢ – يشترط فى مجموعة الحروف أو الأرقام أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز ، أن تعطى حتى ولو كانت مشفرة ، معنى مفهوماً . غير أن تقديم الكتابة المشفرة كدليل للإثبات يقتضى بالضرورة فك رموز الشفرة المستخدمة . فالدليل الكتابى يتضمن بالضرورة رسالة معينة يمكن فهمها وتداولها (١١٢) .

٤١ – والتعريف السابق يوسع من مفهوم الكتابة ، فلم يعد قاصراً على الصك الورقى المكتوب ، وإنما يمتد ليشمل الكتابة بالشكل الإلكترونى (١١٣) ، دون اعتبار للدعامة التى تحمل مجموعة الحروف أو الأرقام أو الأشكال أو الرموز ، ولا لطريقتها ، سواء أكانت طريقة معروفة أم سيماط اللثام عنها فى المستقبل . مما دفع البعض إلى القول بأن المشرع قد جرد تعريف الكتابة (dématérialise la définition de l'écrit) (١١٤) . والخطة التى اتبعها المشرع الفرنسى تؤكد تبنيه لمبدأ الحياد التقنى (١١٥) .

(ب) المساواة بين الكتابة بالشكل الإلكترونى والمحرر الورقى :

٤٢ – ساوت المادة ١٣١٦/١ من المجموعة المدنية الفرنسية بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية التى تندمج فى للمحرر الورقى ، فأجازتها كدليل فى الإثبات بنفس القدر المقرر للمستند الورقى (١١٦) ، متى تحقق فيها شرطان :

١ – إذا أمكن تحديد الشخص الذى صدرت منه بصورة مؤكدة (puisse être dûment identifiée la personne dont il émane).

٢ – وإذا تمت الكتابة وخُزنت على نحو يحفظ سلامتها . وذلك يتوقف بلا شك على استخدام وسائل موثوق بها فى الكتابة الإلكترونية .

على أن شرط استخدام وسيلة موثوق بها (fiable) من أهم العناصر التى تطلبها التشريع الفرنسى رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ لقبول الكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات على قدم المساواة مع المحرر الورقى (١١٧) .

٤٣ – قد يحدث تعارض بين دليل مستمد من محرر ورقى وآخر مستمد من محرر إلكترونى ، فلم يفضل المشرع كمبدأ عام أحدهما على الآخر ، وإنما ترك لقاضى الموضوع عند عدم وجود نصوص قانونية أو اتفاق بين الأطراف يحسم الخلاف ، سلطة تقدير أى من الدليلين أقرب إلى الحق (١١٨) ، بصرف النظر عن دعامته . وللقاضى أن يستعين بكافة الوسائل لتكوين عقيدته ، فله مثلاً أن ينتدب خبيراً ، أو أن يجرى تحقيقاً للخطوط ، وله أيضاً أن يأمر الخصوم بتقديم المستندات اللازمة للمضاهاة (١١٩) .

٤٤ – على أن المساواة بين المحرر الورقى والكتابة بالشكل الإلكترونى تتوقف عند حدود الإثبات ، أى عندما تكون الكتابة وسيلة للإثبات (ad probtionem) ، وليست شرطاً لصحة التصرف القانونى (ad validitatem) . (١٢٠) .

ثانياً : الأثر القانونى للتوقيع الإلكترونى :

(أ) تعريف التوقيع الإلكترونى فى القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ :

٤٥ – قدمت المادة ١٣١٦ – ٤ من القانون المدنى الفرنسى بعد تعديلها فى ١٣ مارس سنة ٢٠٠٠ ، لأول مرة تعريفاً تشريعياً عاماً ومجرداً للتوقيع (La Signature) (١٢١) . فهى عندما ترد على تصرف قانونى تحدد هوية واضعها ، وتعبر عن قبول الأطراف للالتزامات الناتجة عن التصرف ، وإذا صدرت من موظف عام فإنها تضفى الرسمية على التصرف القانونى .

فهو تعريف عام (générale) لأنه يواجه كل صور التوقيع : الخطية ، وبصمة الإصبع ، وبصمة الختم (à la griffe) ، والتوقيعات الإلكترونية وغيرها .

وهو تعريف مجرد (abstraite) لأن معياره وظيفة التوقيع بصرف النظر عن طريقته (١٢٢) . فالتوقيع أياً كانت صورته ينهض بدورين هامين :

تحديد هوية الموقع من جانب ، والتعبير عن إرادته فى قبول فحوى المحرر الذى وقعه والإلتزام بمقتضاه من جانب آخر (١٢٣) . أما إذا كان التوقيع صادراً من موظف عام مختص فإنه يسبغ صفة الرسمية على المحرر الذى يحمله (١٢٤) .

(ب) شروط صحة التوقيع الإلكترونى :

٤٦ – على خلاف التوقيع اليدوى الذى يخطه الموقع بنفسه ، أو ببصمة إصبعه ، أو ببصمة الختم الذى يضعه الموقع تحت سمع وبصر الطرف الآخر ، وبعد أن يتحقق من شخصيته ، ومن صلاحيته لإبرام التصرف القانونى . فضلاً عن سهولة الكشف عن تزويره ، أو عن أى تغيير يمكن أن يطرأ على المحرر الورقى الذى يرد عليه . فإن التوقيع الإلكترونى يمهر تصرفاً يبرم بين غائبين ، وقد يجرى عبر شبكة مفتوحة لا يعرف المتعاملون غالباً بعضهم البعض ، ويتعذر التحقق من صحة نسبته إلى المدّعى صدوره منه . كما يصعب اكتشاف ما قد يدخل على الرسالة الإلكترونية المرفق أو المرتبط بها من تحريف (١٢٥) ، فكلها مجرد بيانات مخزنة فى ذاكرة الحاسوب ، أو مقروءة على شاشته ، أو فى أحد مخرجاته (١٢٦) . ومن ثم فقد تطلبت المادة ١٣١٦ من المجموعة المدنية الفرنسية أن تكون الوسيلة المستخدمة فى التوقيع

الإلكترونى موثوقًا بها "L'usage d'un procédé fiable" . على أن المشرع الفرنسى قد ترك مهمة تحديد الشروط التى تدعم الثقة فى الوسائل الفنية المستخدمة فى التوقيعات الإلكترونية ، وتضمن صحة نسبته إلى من صدر منه ، وتكفل سلامة المحرر الإلكترونى المذيل به ، لمرسوم سيصدر فيما بعد من مجلس الدولة (١٢٧) .

٤٧ – ولقد أقامت المادة ٣١٦ من مدنى فرنسى قرينة قانونية مؤداها : أن كل توقيع إلكترنى يتم بوسيلة تتوافر فيها شروط الأمان التى سيحددها مجلس الدولة يفترض أنه توقيع موثوق به إلى أن يثبت خلاف ذلك . فهى إذن قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس . كأن ينهض الدليل على أن خللاً فنياً قد أصاب الأجهزة المستخدمة ، أو أن حائز أداة التوقيع قد فقد السيطرة عليها وسبق أن أبلغ ذوى الشأن بذلك ، أو أن هناك ظروفًا خارجية أحاطت بعملية نقل رسالة البيانات التى تحمل التوقيع الإلكترونى مما أدى إلى تكرارها بصورة توحى بأنها عدة رسائل وليست رسالة واحدة (١٢٨) .

الخلاصة

٤٨ – فى قرية عالمية (global village) فى القرن الحادى والعشرين تمثل التجارة الإلكترونية استراتيجية المستقبل للمشروعات الاقتصادية . وعلى المشروعات الوطنية أن تعد نفسها لاقتحام هذا العالم الجديد وإلا فإنها قد تتعرض للذبول والانقراض . كما ستلجأ جماهير المستهلكين إلى وسائل الاتصال الإلكترونية لإشباع احتياجاتها من السلع والخدمات . ولذلك كان من الطبيعى أن يهتم المشرع المصرى وأن تتوالى التوجيهات من قمة السلطة السياسية منبهة إلى ضرورة توفير التنظيم القانونى المناسب لأعمال التجارة الإلكترونية .

ولا شك لدينا فى أن المشرع المصرى عند صوغ قواعد هذا التنظيم سيستعين بالقوانين النموذجية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى ، كقانون التحويلات الإلكترونية ، وقانون التجارة الإلكترونية ، وقانون التوقيع الإلكترونى الذى سيعرض فى صورته النهائية على اللجنة فى يوليو القادم ، كما سيحاول أن يستفيد بتجارب الدول الأخرى فى هذا الشأن ، وفى مقدمتها قانون الإثبات الفرنسى رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ الذى أحدث إنقلاباً جذرياً فى أحكام الإثبات فى بلاد القانون المدنى التى ننتمى إليها .

٤٩ – ونعتقد أن تنظيم التجارة الإلكترونية لكى يحقق الأهداف المنتظرة منه ، لابد أن يتم فى إطار منظومة متكاملة . حزمة واحدة من التشريعات ، يجب أن تضم : قانون محاربة الاحتكار والحد من استغلال مشروع لمركزه المتميز فى السوق ، لتأكيد مبدأ حرية المنافسة . وقانون حماية المستهلك ، حتى لا يظل المستهلك المصرى محروماً من مظلة الأمان التى وفرتها البلاد الأخرى لمواطنيها [(١٢٩)] ، وفى مقدمتها إقرار حق جمعيات حماية المستهلك فى مباشرة إجراءات التقاضى دفاعاً عن مصلحة كل أو بعض أعضائها ، فالمستهلك الفرد لا يستطيع أن يقف وحده فى مواجهة الديناصورات الجديدة . وهناك أيضاً القواعد التى تحمى الحريات الفردية وتحظر استخدام البيانات الشخصية المخزنة فى ذاكرة الحاسبات الآلية للإساءة إلى أصحابها ، وتفرض احترام الحياة الخاصة [(١٣٠)] .

٥٠ – وينبغى أن تتسم القواعد التى توفر الثقة فى وسائل التوقيع الإلكترونى بالمرونة ، لتواجه التقدم التقنى المتسارع فى هذا المجال [(١٣١)] . فما يعد من المسائل السرية الدقيقة اليوم لا يظل كذلك فى المستقبل

القريب ، ويكفى أن نشير إلى قضية السيد (Humpich) التى نظرتها محكمة جنح باريس فى ٢٥ فبراير ٢٠٠٠ ، إذ أثبتت أن نظام الدفع الإلكترونى بالبطاقات الذكية المتبع فى البنوك الفرنسية من الممكن اختراقه (١٣٢) .

ويلزم أن تتصف هذه القواعد أيضاً بالشفافية والوضوح كى يتيسر اكتشاف أى تحريف أو تقليد بغير حاجة للاستعانة بكبار المتخصصين من الفنيين مما يتطلب تكاليف باهظة ، وحتى لا يقع المستخدمون العاديون لأجهزة الاتصال الحديثة فريسة سهلة لألاعيب القراصنة من المحترفين (١٣٣) .

توصيات الحلقة الدراسية

« الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية »

١ – مناشدة المشرع تطوير القوانين التالية : قانون الإثبات وقانون الصرف وقانون العقوبات بما يتناسب مع متطلبات التجارة الإلكترونية وما تقتضيه بالدليل الإلكترونى على قدم المساواة مع الدليل الكتابى والإستفادة فى ذلك من القوانين النموذجية الصادرة عن الانسيترال ، ومن تجارب الدول الأخرى .

٢ – تطوير الدراسات القانونية والاقتصادية لتتناسب مع المتغيرات الحديثة فى مجال التجارة الدولية وبصفة خاصة التجارة الإلكترونية .

٣ – إصدار مجموعة من التشريعات ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتجارة الإلكترونية ، ومن أهم هذه التشريعات ما يتعلق بمكافحة الاحتكار ، وحماية المستهلك ، وحماية البيانات الشخصية ، حرصاً على احترام الحريات الفردية .

٤ – تشجيع الإدارات الحكومية التى تقدم خدمات للجماهير على استخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة فى جميع صورها .

٥ – إلزام العاملين فى أجهزة الدولة المختلفة باجتياز دورات تدريبية على استخدام الحاسب الآلى وشبكة الإنترنت .

٦ – تطوير العمل فى الجهاز المصرفى وسوق المال لاستخدام التقنيات الحديثة ، بما يتجاوب مع حاجات التجارة الإلكترونية ، وما تتضمنه من استعمال وسائل الدفع الحديثة .

٧ – وضع معايير مرنه من أجل توفير الثقة والأمان فى وسائل الاتصال المستخدمة فى التجارة الإلكترونية بما يتجاوب مع المتغيرات المتسارعة فى تقنية الاتصال .

٨ – تحديد الجهات التى يعهد القانون إليها بالتصديق على التوقيعات الإلكترونية ، ووضع التنظيم القانونى الملائم لعملها .

هوامش

(١) يتوقع أن يصل حجم المبيعات على الأنترنت سنة ٢٠٠٣ إلى ٢٠٣ تريليون دولار وتنمو هذه التجارة بمعدل سنوى يصل إلى ٢٠٠٪ ، ومركز الأهرام للتنظيم وتكنولوچيا المعلومات ، الملف الوثائقى للتجارة الإلكترونية ١٩٩٩ ، ولمزيد من الاحصائيات انظر الدكتور رأفت رضوان ، عالم التجارة الإلكترونية ، من ص ٢٠ إلى ص ٢٧ .

(٢) (CNUDCI, UNCITRAL)

(٣) كان للكاتب شرف تمثيل مصر فى معظم الدورات التى عقدتها مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية.

(٤) نقض ٤ أبريل ١٩٦٧ ، المجموعة السنة ١٨ ص ٧٦ ، ونقض ٢٨ يناير ١٩٧٥ ، المجموعة السنة ٢٦ ص ٢٦٨ .

(٥) نقض ٢٦ أبريل ١٩٣٤ ، الموسوعة الذهبية جـ١ ص٣٨ رقم ٩٣ ، وانظر الدكتور سليمان مرقس ، أصول الإثبات رقم ٦٥ .

(٦) القانون رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ .

(٧) J. O. C. E. du 19 Janv. 2000.

أصدرت ألمانيا قانون التوقيع الإلكترونى سنة ١٩٩٧ وبدأ العمل به اعتباراً من أول نوفمبر من نفس السنة ، كما صدر مرسوم رئيس الجمهورية الإيطالية فى سنة ١٩٩٧ المعدل فى سنة ١٩٩٩ الذى أعاد تنظيم أحكام الإثبات فى المجموعة المدنية . ووقع الرئيس كلينتون فى ٣ يونية ٢٠٠٠ القانون الاتحادى فى شأن التوقيع الإلكترونى ، انظر :

http : "www. mbc. com/ecommerce. html.

(٨) Huet., Vers une consecration de la preuve et de la signature électronique, D. 2000, chr., p. 95.

(٩) قانون الأونسيترال النموذجى بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل لتشريعه ١٩٩٦ مطبوعات الأمم المتحدة رقم ٧ ، ٨ ، "Echange de données eléctronique, Echang of data intoramation"

(١٠) الهامش السابق .

(١١) Bernhard, How to secure the network, R.D. Aff. Int. 1998, p. 317; Caprioli et. Soreuil, Le commerce international élecronique, J.D.I. 1997, p. 322

رأفت رضوان السابق ص ١٧٤

(١٢) In the context of commercial activities; Dans le contexte des activités commerciales":

وقرب المادة الأولى من مشروع القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني مستند رقم wp. 88 مارس ٢٠٠١

(١٣) قانون التجارة التقليدي هو الذي ينظم الأحكام الموضوعية الخاصة بعمليات التجارة الإلكترونية

"C'est un commerce comme un autre", Vivant, Les contrats de commerce électronique, p. 1.

وانظر رأفت رضوان ، السابق ص ١٦ .

(١٤) المادة ٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(١٥) المادة ٤ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(١٦) المادة ٦ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(١٧) مؤلفنا قانون الأعمال الجزء الأول ، رقم ٥٢ .

(١٨) المؤلف السابق رقم ٦٨ ، رقم ٢٨١ .

(١٩) فى هذا الإتجاه بحث للأستاذين .

Caprioli et Sorieul, Le commerce international électronique J. D. I. 1997, p. 323; Jean. Baptiste, Créer et exploiter un commerce électronique, n. 8.

(٢٠) عايض راشد عايض ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة فى إثبات العقود التجارية ، رسالة القاهرة ١٩٩٨ رقم ١٢ وما بعده .

(٢١) Bernhard, How to secure the network, R. D. Aff Int 1998, p. 317, Piette-Coudol, Echange électroniques, certification et securité, n. 59; Working group on electronic commerce, 38 session, wp. 88, n. 30.

(٢٢) Dupuis-Toubol, Commerce électronique comment apporter la preuve, R. D. Aff. Int. 1998, p. 329' Tonnellier et Dupuis - Toubol. Le Commerce électronique vaut bien une reforme, J. C. P. E. 1998, p. 2011.

(٢٣) نقض ٤ يونيه ١٩٦٨ ، المجموعة السنة ١٩ ص ٦٢٢ ، وأيضًا نقض ٤ يناير ١٩٩٣ المجموعة السنة ٤٤ ص ١٣٧ ، وفى ٢٥ مايو ١٩٩٨ ، المستحدث اكتوبر ١٩٩٧ إلى ٣٠ سبتمبر ١٩٩٨ ص٢ رقم ٣ .

(٢٤) M. Jean-Baptiste, Créer et exploiter commerce électronique, n. 7.

(٢٥) Caprioli : et Sorieul, art. cit. (global village) voir, Tonnellier et Dupuis - Toubol, art. cit.

(٢٦) Ibid; Bensoussant, Internet, aspects Juridiques, p. 68. et s. ; Dupuis-Toubol, art. cit.; également, Abels, Paying on the net, R. D. Aff. Int. 1998, p. 349; Bernnard, art. cit.; Espagnon, Le paiement d'une somme d'argent sur Internet, J. C. P. 1999, 1131; Hass, Commerce électronique : une pourière Juridique, Juriscom. net. 10 Juillet 1998, sit créee par L. Thoumyre.

(٢٧) نقلاً عن الأساتذة M. Jean Baptiste, op. cit. n. 14.

(٢٨) يراد برسالة البيانات (المعلومات التى يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بطرق مشابهة ، بما فى ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية ، والبريد الإلكترونى ، والبرق أو التلكس والنسخ البرقى) الفقرة (د) من المادة الثانية من المشروع المقدم فى الدورة السادسة والثلاثين للقانون النموذجى للتوقيع الإلكترونى ، والفقرة (ج) من المادة الثانية من المستند رقم (wp. 88) مارس ٢٠٠١ .

(٢٩) Piette - Coudol op. cit. n. 12.

(٣٠) Bernhard, art. cit.

، قواعد الإثبات ليست من النظام العام ويجوز الإتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً ، نقض ١ مارس ١٩٧١ المجموعة السنة ٢٢ ص ٢٨٩ ، وأجازت محكمة النقض الفرنسية استخدام التوقيع الإلكترونى متى كان متفقاً عليه بين الأطراف حكمها فى ٨ نوفمبر ١٩٨٩ داللوز ١٩٩ ص ٣٦٩ وتعليق (جافلدا) وفى المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٩٠ ص ٧٨ مع ملاحظات (كابرياك) و (تيسييه) ، و(إريك كابريولى) القانون والذمة ، يناير ١٩٩٩ ص ٨٨ .

(٣١) "L'écrit ... peut être établi et conservé sur tout support, y Compris télécopies, dés lrs que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur designé ont été verifiées ou ne sont pas contestées" Cass. com. 2 déc. 1997, J.C.P. ed. E. 1998, p. 178, note Bonneau.

وما سيلى رقم ٣٨

(٣٢) Working groupe on electronic commerce thirty first session, wp. 71, p. 7.

(٣٣) تنص المادة ٢٨ من قانون ديسمبر ١٩٩٠ فى شأن تنظيم وسائل الاتصال بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٩ الصادر فى ٢٦ يوليو ١٩٩٦ على :

On entend par prestation de crytograpnie toutes les prestations "visant à transformer à l'aide de Conventions secretes des in formations ou signaux clairs en in formations ou signaux inintelligibles pour des tiers, ou à réaliser l'opération inverse, grâce à des moyens materiels, ou logiciels concus à cet effet".

القانون الدائم لقانون الأعمال جـ١ ص ٦١٨ ، وانظر أيضاً :

La réglementation francaise en matiére de cryptographie, Juin, 1998.

(٣٤) حول التطور التاريخى للتشفير انظر :

Bensoussan et Le Poux, Cryptologie et signature électronique, p. 9 et s.

(٣٥) Tortelle et Lointier, Internet pur les Juristes, p. 2, aussi, Bensoussan, Internet aspects Juridiques, p. 17.

(٣٦) Cousin et Bensoussan, De la tradition et de la modernité, de la coutume sur l'internet, G.P. 14 et 15 Janvier, 2000.

(٣٧) Fabrice Marie, Cryptologie actuelle, www. multimania. com/marief, actu. htm.

(٣٨) "Suite finie d'operations élémenteires constituant un shéma de calcul "Origine arabe El-Kharzmi (Larousse).

(٣٩) رأفت رضوان ، السابق ص ٨٠ ، انظر .

Bensoussan et Le Roux op. cit. p. 16. et 17; Bernhard, art. cit., Piette-Coudol; op. cit. n. 26; F. Marie, art. cit.

(٤٠) "Data Encycryption Standard"

التى ابتكرها المكتب الوطنى للمعايير (NBS) فى الولايات المتحدة الأمريكية منذ ما يزيد على عشرين سنة ، انظر المراجع المشار إليها فى الهامش السابق .

(٤١) Piette-Coudol, op. cit. p. 16 (ref.r).

(٤٢) رأفت رضوان ، السابق ص ٨٥ .

(٤٣) ولذلك تعرف بطريقة (RSA) ، انظر :

Bensoussan et Le Roux, op. cit. p. 18 et s.; Piette - Coudol, op. cit. n. 27.

(٤٤) الهامش السابق .

(٤٥) Bensoussan et Le Roux, op. cit. p. 18 et s.

(٤٦) النص العربى الوارد فى المستند رقم (WP. 84) الذى ناقشته مجموعة العمل فى الدورة ٣٦ ، وفى الدورة ٣٨ مستند رقم (WP. 88) والنص الفرنسى :

"Le terme "Signature electronique" designe des données sous forme électronique contenues dans un message de données, ou jointes ou logiquement associées au dit message,

pouvant être utili sée (s) pour identifier le detenteur de la signature dans le cadre d'un message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue".

والنص الإنجليزى

"Electonic signature "means data in electronic form" in , affixed to , or logically associated with. a data message that may be used to identefy the signature holder in relation to the data message and indicate the signature holder's approval of the information contained in the do to message".

وقرب المادة الأولى من توجيه الجماعة الأوروبية فى ٢٩ نوفمبر ١٩٩٩ ، وحول تعريف التوقيع الإلكترونى فى الولايات المتحدة الأمريكية ، انظر :

Http : / / WWW. mbc. com/ecommerce. htm.

(٤٧) انظر ماسيلى رقم ١٨ ورقم ٤٥ .

(٤٨) American Bar Association, digital sinature guidelines Tutorial, WWW. Abnet. Org.; The millennium digital commerce act,final Version June 8-2000, Sec. 4 (4) "The term electronic signature means an electronic sound, symbol, or process, attached to or logically associatecl with a contract or other rocord and executed or adopted by a person withe the intent to sign the record" file: A : congress. htm.

(٤٩) المستند WP. 88 مارس ٢٠٠١ ، رقم ٣٣ ، رسالة عايض المرى ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة فى إثبات العقود التجارية ، القاهرة ١٩٩٨ ، رقم ٦٣ .

(٥٠) الفقرة (أ) من المادة الثانية من مشروع القانون النموذجى للتوقيع الإلكترونى .

(٥١) وذلك فى غير المواد التجارية راجع المادة ٦٠ من قانون الإثبات بعد تعديلها بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ ، والتصرفات التى تزيد قيمتها على خمسة آلاف فرنك ٧٦٢,٢٥ يورو ، والتصرفات غير مقدرة القيمة ، المادة ١٣٤١ مدنى فرنسى .

(٥٢) الأستاذ الدكتور سليمان مرقس ، أصول الإثبات فى المواد المدنية ، رقم ٥٦ ، وقرب عايض المرى ، الرسالة السابقة رقم ٤٢ .

(٥٣) الهامش السابق ، والتوقيع عند الأستاذ السنهورى هو الشرط الوحيد فى القانون المصرى لصحة الورقة العرفية ، الوسيط الجزء الثانى ، المجلد الأول رقم ١٠٦ .

(٥٤) نقض ٢٢ مايو ١٩٩١ ، المجموعة السنة ٤٢ ص ١١٧١ .

(٥٥) Paris, 22 mai 1975, D. 1976, Som. p. 8.

(٥٦) نقض ٢ ديسمبر ١٩٩١ ، المجوعة السنة ٤٢ ، ص ١٧٥١ .

(٥٧) القانون رقم ٣٨٠ الصادر فى ١٦ يونيه ١٩٦٦ ، وراجع مؤلفنا قانون الأعمال ، الجزء الثالث ، وسائل الائتمان التجارى وأدوات الدفع ، رقم ٦٣ .

(٥٨) Arrêt Crédicas, 8 nov. 1989, D. 1990, p. 369, note Gavalda.

(٥٩) نقض ٢ ديسمبر ١٩٩١ السابق .

(٦٠) سليمان مرقس ، السابق رقم ٥٦ ونقض مدنى فرنسى فى ٢٤ يونيه ١٩٥٢ .
J.C.P. 1952, 7179, note Voirin.

(٦١) نقض ٢ ديسمبر ١٩٩١ ، السابق .

(٦٢) Permettant d'individualiser son auteur sans doute possible et traduisant la volonté non equivoque de celui ci de consentir à l'acte", Paris, 22 mai 1975, cit.

(٦٣) ما سيلى رقم ٤٥ ، وقرب المادة ٢ (أ) من مشروع القانون الموحد فى شأن التوقيع الالكترونى ، وأيضاً .
The American Bar Association, Digital signature, Guidelines, cit.;

(٦٤) Jean-Baptiste, op. cit. n. 114.

(٦٥) الهامش السابق .

(٦٦) Vivant, Les contrats du commerce électronique, n. 3

(٦٧) الدكتور أسامة أبو الحسن ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، ص ٣٩ ، ويتم القبول مثلاً بمجرد الضغط بواسطة فأرة الحاسب الآلى على «موافق OK» ، جان باتيست ، السابق رقم ١١٧ .

(٦٨) Senat, Qu'ést-ce que la signature électronique, WWW. gouvr. fr., aussi, Piette-Coudol, op. cit. n. 61; Utah digital signature law, Title 46, chap. 3;".

(٦٩) Senat, Qu'est-ce que la signature électronique, art. cit.

(٧٠) قرب : Bensoussan et Le Roux, op. cit p. 20 et s.

(٧١) Senat - Qu'est-ce que la signature électronique, art. cit.

(٧٢) Cass. civ. 2 fév. 1996, D. 1996, Som., p. 329, note Délebecque.

(٧٣) Tonnellier et Dupuis - Toubol, art cit.

(٧٤) راجع ما سبق رقم ١٥ .

(٧٥) Artigo 7 Assnatura digital

(٧٦) فى نيويورك الفترة من ١٢ إلى ٢٣ مارس ٢٠٠١ .

(٧٧) وبذلك تكون لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى قد استكملت مجموعة من القوانين النموذجية عالجت جوانب التجارة الإلكترونية بدأت بالدليل القانونى الخاص بالتحويل الإلكترونى للأموال سنة ١٩٨٧ ، والقانون النموذجى فى شأن التحويلات الدولية سنة ١٩٩٢ ، والقانون النموذجى فى شأن التجارة الإلكترونية سنة ١٩٩٦ .

(٧٨) انظر ما سبق رقم ١٦ .

(٧٩) تنص المادة الثالثة من مشروع القانون النموذجى على :

"Aucune disposition de la presente loi, à léxception de làrticl 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable".

(٨٠) مجموعة العمل الخاصة بالتجارة الإلكترونية الدورة ٣٨ ، مستند رقم Wp. 88 ، بند ٧٥ ، ٧٦ .

(٨١) الهامش السابق ، بند ٣٢ ، وراجع أعمال مجموعة العمل منذ الدورة ٣١ التى عقدت فى فيينا فى فبراير ١٩٩٧ .

(٨٢) Working group on electronic commerce, docum. n. Wp. 88, n. 5.

(٨٣) قانون الأونسيترال النموذجى بشأن التجارة الالكترونية ١٩٩٦ مع دليل لتشريعة ، بند رقم ٥٠ .

(٨٤) قرب أيضاً المادة ٧ من القانون النموذجى للتجارة الالكترونية ١٩٩٦ .

(٨٥) طريقة حسابية فنية تسمح بالتحقق من ارتباط التوقيع الالكترونى برسالة البيانات .

(٨٦) الملحق الأول لتوجيه الجماعة الأوروبية رقم ٩٣ الصادر فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٩٩ ، الجريدة الرسمية للجماعة الأوروبية فى ١٩ يناير ٢٠٠١ ، وأيضاً :

Breban, Depadt et Bensoussan, l'Europe à l'heure de la signature électronique, G.P. 2000, doc p. 17.

(٨٧) ما سبق رقم ٢٥ .

(٨٨) لأن التوقيع الإلكترونى الذى استخدمته الجهة عند إصدار الشهادة يحتاج إلى تصديق جهة أخرى وهكذا .

(٨٩) Internet Engineering Task Force.

(٩٠) وانظر أيضاً الملحق الثانى لتوجيه الجماعة الأوروبية الصادر فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٩٩ ومقال Breban et autres, cit.

(٩١) الهامش السابق .

(٩٢) أنظر أيضاً بحث الأستاذ (كابريولى) :

Securité et confiance dans le commerce électronique, signature numerique et autorité de certification, J.C.P. 1998, 1123.

(٩٣) قرب الملحق الرابع لتواجيه الجماعة الأوروبية فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ ، ومقال :

Breban et autres, cit.

(٩٤) الأعمال التحضيرية للمجموعة المدنية جـ٣ ص٣٤٩ .

(٩٥) الأستاذ السنهورى ، الوسيط جـ١ ، المجلد الثانى رقم ٣ .

"La preuve est un élément essentiel de tout systeme Juridique" Sédallian, Preuve et signature électronique. Juris com. net/chr/2/ fr. 20000 509. htm.

(٩٦) Chamoux, La preuve dans les affaires de l'écrit au microfilm, Litec, p. 2 et 3.

(٩٧) نصاب الإثبات بالبينة فى فرنسا خمسة آلاف فرنك بمقتضى مرسوم ١٥ يوليو ١٩٨٠ .

(٩٨) الأستاذ سليمان مرقس ، أصول الإثبات فى المواد المدنية ، رقم ١٩٠ ، الأستاذ عبد الرازق السنهورى ، السابق رقم ١٨٨ ، وقرب زميلنا الدكتور أسامة المليجى ، استخدام مستخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدنى رقم ٦٩ وما بعده ، وأنظر المواد من ٦٠ إلى ٦٣ من قانون الإثبات رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٨ ، والمواد من ١٣٤١ إلى ١٣٤٨ من المجموعة المدنية الفرنسية قبل تعديلها فى ١٣ مارس ٢٠٠٠ ، أنظر أيضاً :

Chamoux, op. cit., de p. 7 à p. 33; Tonnellier et Dupuis - Toubol, art. cit.

(٩٩) مؤلفنا قانون الأعمال ، جـ١ رقم ٤٣ ، والمادة ٦٩ من قانون التجارة الجديد ، ولاحظ أن المادة ١٠٩ من قانون التجارة الفرنسى بعد تعديلها فى ١٢ يوليو سنة ١٩٨٠ تجيز إثبات الأعمال التجارية فى مواجهة التجار بكافة طرق الإثبات :

"A l'egard des commercants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous les moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi".

(١٠٠) Caprioli, Le Juge et la preuve électronique, Juris. com. net; Chamoux, op. cit. p. 103 et s.; Catala et Gautivr, L'audace technologique à la cour de Cassation, Vers la liberation de la preuve contractuelle, J.C.P. 1998, p. 905.

(١٠١) الأستاذ السنهورى ، السابق رقم ٦٧ ، سليمان مرقس ، السابق رقم ٣٦ ، والمادة ١٨ من قانــون الإثبات رقم ١٣٥ لسنة ١٩٦٨ .

(١٠٢) مـا سبق رقم ٦ ، وأنظر : Caprioli, Preuve et signature dans le commerce electronique, Droit et Patrimoine, Dec. 1997, p. 57.

(١٠٣) استقر القضاء الفرنسى على هذه القاعدة منذ أمد بعيد ، انظر مثلاً :

Cass. civ. 8 Juin 1896, D. P. 1897, p. 464; Cass. civ. 21 déc. 1976, D. 1977, IR; p. 151.

ولمزيد من التفصيل الأستاذ السنهورى ، المرجع السابق رقم ١٩٠ ، وسليمان مرقس ، السابق رقم ١٩٩ ، ومؤلف الأستاذة (شامو) السابق ص ٣٣ ، ونقض مدنى ٧ أبريل ١٩٢٨ ، الموسوعة الذهبية جـ١ ص ١٣٤ رقم ١٩٢٥ ، وفى ٢٨ ديسمبر ١٩٥٠ ، نفس المرجع ص ٧٣٤ رقم ١٩٢٦ وأيضاً : Ammar, Preuve et Vraisembeance, contribution à l'étude de la preuve technologique, R.T.D. Civ. 1993, p. 499; Catala et Gautier, art. cit.

(١٠٤) الأستاذ السنهورى ، السابق ص ٤٨٤ هامش (١) .

(١٠٥) وتطبيقاً لذلك أنظر مثلاً نقض مدنى ١ مارس ١٩٧١ السابق .

(١٠٦) Cass. req. 16 fév. 1926, D.P., 1937, p. 89, note Savatier; Cass civ. 26 oct. 1994, R.T.D. Civ. 1996, p. 172, noto Mestre.

وهو قضاء لمحكمة النقض المصرية ، أنظر ما سبق رقم ٦ .

(١٠٧) J.C.P. 1995. 22402, note Chartier; R.T.D. Civ. 1996, p. 174 obs. Mestre.

(١٠٨) نقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٨٩ ، السابق .

(١٠٩) Cass. com. 2 déc. 1997, cité.

ويقول الأستاذ (كابريولي) فى تعليقه على هذا الحكم ، أنه يعترف بدور الكتابة الإلكترونية ليس كمجرد وسيلة للإثبات وإنما أيضاً كشرط لصحة القبول .

Droit et patrimoine, Janv. 1999, p. 88; aussi, Catala et Gautier, art. cit.

(١١٠) ويلاحظ أن أحكام القضاء الفرنسى التى أشرنا إليها تتعلق بالشبكات المغلقة .

(١١١) الجريدة الرسمية فى ١٤ مارس ٢٠٠٠ ، القاموس الدائم لقانون الأعمال العدد ٥١٩ ، وهذا التشريع يعد أيضاً استجابة لتوجيه الاتحاد الأوروبى رقم ٩٣ الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ .

(١١٢) انتقد البعض استخدام فعل (ينتج من résulte de) ويفضل استخدام فعل (يراد أن يقصد s'entend) ، وأنظر : Groupe d'universitaires, L'introduction de la preuve électronique dans le code civil, J.C.P 1999, 1182.

(١١٣) Groupe d'universitaires, art. cit.; aussi, Charbonneau et Pansier, Le droit de la preuve est un totem moderne, G . P. 31 mars et ler avr. 2000.

(١١٤) لم نجد تعريفاً للكتابة فى مختار الصحاح ، وفى المعجم الوسيط هى صناعة الكاتب ، والمعانى المختلفة لفعل (كتب) يربط إلى حد كبيرة بينه وبين المحرر المادى وخصوصاً الورق ، وقرب من ذلك التعريف الوارد فى القاموس الفرنسى (Robert) ، وقاموس (لاروس) ، وأنظر أيضاً : Gautier, Revolution internet, le dédouble-ment de l'ecrit Juridique, D. 2000, n. 12 Derniére actualité.

(١١٥) Charbonneau et Pansier, art. cit.

(١١٦) Sédallian, art. cit.

(١١٧) قرب المادة ١٣١٦/٣ من المجموعة المدنية الفرنسية التى نصت على أن :

"L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit support papier".

(١١٨) Charbonneau et Pansier, art. cit.

(١١٩) "Le titre le plus vraisemblable".

(١٢٠) Groupe d'universitaires, art. cit.; Sédallian, art. cit.

(١٢١) وهى النتيجة التى أكدتها وزيرة العدل الفرنسية أمام البرلمان الفرنسى ، أنظر مقال (جوتييه) السابق ، وراجع أيضاً مقال الأستاذة (سيد اليان) السابق . وقارن تعليق الأستاذ (كابريولي) على حكم نقض تجارى فرنسى فى ٢ ديسمبر ١٩٩٧ السابق .

La signature..." identifie celui qui l'appose. elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découfent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public , elle confère l'authenticité à l'act, et voir

(١٢٢) Caprioli, La loi française sur la preuve et la signature électronique, J.C.P. 2000, 1224.

(١٢٣) ما سبق رقم ١٨ ، وأنظر نقض مدنى فرنسى فى ٢٤ يونية ١٩٥٢ ، حيث أن التوقيع "Permet d'éta-blir avec certitude l'identité de l'auteur de ce ducument et sa volonté d'en approuver les disposi-tions" J.C.P. 1952, 7179, note Voirin.

(١٢٤) وصفه البعض بأنه تعريف (محايد Neutre) ، نحن نفضل وصفه بالتجريد لأنه ينطبق على كل ما يؤدى الوظائف المقررة ، قارن Sédallian, ant. cit

(١٢٥) قرب المادة ١٣١٧ من المجموعة المدنية الفرنسية التى عرفت المحرر الرسمى وقالت أنه من الممكن أن يكون إلكترونياً ، متى صدر وتم حفظه وفقاً للشروط التى يحددها مرسوم من مجلس الدولة .

(١٢٦) Ammar, art. cit. Huet, Vers une consecration de la preuve et de la signature électro-niques, art. cit.; Charbonneau et Pansier, art. cit.' Tonnellier et Dupuis-Toubol, art. cit.

(١٢٧) راجع المادة ٢/١ من توجيه الاتحاد الأوروبى الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ يراد بالتوقيع الإلكترونى :

"Une donnée sous forme électronique qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification"

(١٢٨) وسيكون من أهداف المرسوم وضع التوجيه الأوروبى الصادر فى ١٣ ديسمبر ١٩٩٩ موضع التنفيذ ، أنظر :

Caprioli, La loi française sur la preuve, art. cit.; Sédallian, art. cit.

(١٢٩) الهامش السابق ، وقرب مقال الأستاذ :

Huet, Vers une consécration de la preuve et de la signature électronique, cit.

(١٣٠) لاحظ أن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى اقترحت على الدول التى ترغب فى قصر تطبيق القانون النموذجى للتجارة الإلكترونية الصادر سنة ١٩٩٦ على المسائل التجارية وحدها أن تضيف إلى المادة الأولى من القانون السابق نصاً يؤكد أن أحكام قانون التجارة الإلكترونية لا يلغى أى قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلك .

2- Le conseil d'Etat, Rapport "Internet et les reseaux numeriques" sept. 1998, D.P.D. Aff. Bull. 486; La réglementation sur la signature électronique aux usagers, http: "parodie. com.; La loi in formatique et libertés, de 6 janv. 1976.

(١٣١) كالمسائل المتعلقة بحجم (البيت) المستخدم فى مفاتيح التوقيع ، أو أساليب التشفير المختلفة ، وطرق تخزين وحفظ الرسائل الإلكترونية .

(١٣٢) Le procés Humpich, parodie. com; L'affaires serge Humpich, parodie. com.

(١٣٣) La réglementation sur la signature électronique, art. cit.

المحتويات

البحث الأول :

البحث الثانى

البحث الثالث :

البحث الرابع

البحث الخامس

البحث السادس

طبع بالهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية

رقم الإيداع ١٥٥٣٦ / ٢٠٠٢

أدى التقدم الهائل فى وسائل الاتصال فى نهاية القرن العشرين إلى تحول العالم إلى قرية واحدة، وأثر ذلك على العلاقات بين الشعوب المختلفة فتخطت الحواجز الإقليمية والجغرافية والثقافية، ليلتقى أطرافها عبر الأثير بسرعة فاقت الخيال .

ولم تكن المعاملات التجارية بمنأى عن هذا التأثير ، فأصبح التاجر يعرض منتجاته وخدماته عبر شبكة (الانترنت) وأضحى كل شخص يجلس أمام جهاز حاسوب متصل بالشبكة عميل محتمل له ، فيكفى أن يضغط على مفتاح معين ليبرم التصرف القانونى . وكان من الطبيعى أن تتطور قواعد القانون لتستجيب لحاجات هذه التجارة الالكترونية الجديدة المتحررة من المستندات الورقية ، كى توفر الثقة والأمان لعقود التجارة الإلكترونية التى تجرى عبر الشبكات المفتوحة . فصدر قانون التجارة الالكترونية النموذجى عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى وهناك أيضاً مشروع قانون التوقيعات الالكترونية النموذجى ، كما صدرت تشريعات وطنية فى الولايات المتحدة الأمريكية ، وألمانيا ، وفرنسا ودول أخرى ولذلك حرصت لجنة القانون بالمجلس الأعلى للثقافة على تنظيم هذه الندوة التى تعالج بعض الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية ، كى تلقى الضوء على المشكلات القانونية التى تطرحها التجارة الالكترونية والتى تتعلق بقانون الإثبات ، ونظرية الالتزامات ، وقانون العقوبات الذى بدأ يواجه ظواهر إجرامية لم تكن معروفة من قبل .